قـــــراءة

فى

قانون إجراءات التقاضى
فى مسائل الأحوال الشخصية
رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

د/ محمد الشحات الجندى

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق - جامعة حلوان
المحامى بالنقض
عضو بشعبة العدالة والتشريع
بالمجالس القومية المتخصصة
عضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

٢٠٠١ - ٢٠٠٢

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت – القاهرة

تمهيد

صدر القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، ليواكب التطورات التى طرأت على القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، وليسد الثغرات، ويجمع الشتات المتناثرة لإجراءات الأحوال الشخصية، لكى تتكامل الإجراءات فى هذا المجال التشريعى الهام، الذى كان بحاجة إلى إصلاح وعلاج يكتمل به الإصلاح والتيسير التشريعى فى الجانب الموضوعى الذى تعاقبت عليه القوانين رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩، وأخيراً القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، ولتكتمل بصدور هذا القانون الإجرائى الجديد المنظومة الإجرائية التى تبغى أن يصل كل ذى حق إلى حقه فى سهولة ويسر.

لقد كان مسلك المشروع فى هذا الصدد، تيسير وإصلاح إجراءات التقاضى فى تلك المسائل التى تمثل أخص خصوصيات للإنسان، لكونه ينظم علاقة ذات قدسية دينية، وطبيعة إنسانية، ألا وهى علاقة الرجل بالمرأة، فى ظل أسرة تجمع المرأة والأولاد، وإذا كان الأولاد ثمرة وأس هذه العلاقة، التى يضحى فى سبيلها بالغالى والنفيس، فإن المرأة هى الأم والابنة والأخت والحفيدة، والزوجة. ومطلوب شرعاً وقانوناً تعميق العلاقة الطيبة بين أصل هذه العلاقة الرجل والمرأة؛ لأن فى استقامة هذه العلاقة صلاح للأسرة كلها، وتنشئة صحية وصحيحة للأولاد والذرية، فهى دعوة المؤمنين بقوله تعالى: ﴿رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَاماً﴾ [الفرقان: آية ٧٤]، ومن هنا فقد جاء القانون استجابة لحاجة اجتماعية دينية، بسبب ما حدث من تغير الضمير الدينى لدى الأفراد، وبالنظر إلى ما طرأ من تغلغل فى وضع المرأة فى الهيئة الاجتماعية، وتنامى نفوذها، وتطور دورها فى الحياة

المعاصرة، وهى أمور أحسبها فرضت نفسها على البحث الدءوب فى إضافة مزيد من الحقوق إليها وتحريرها من سطوة الرجل، والتقاليد السائدة، وهو ما يجعل القانون انعكاساً وترجمة لهذه المرحلة من العلاقات الاجتماعية التى تشهد فترة تحول وانتقال فى العلاقة بين الجنسين، وإعادة ترتيب للحياة الزوجية على هدى منها، الأمر الذى فرض على القانون أن يضم بين دفتيه المسائل الموضوعية المتعلقة بالخلع والسفر والزواج العرفى، ونحسب أن المنطقة الإجرائية على أهميتها فى تنظيم ممارسة الحقوق والالتزامات التى يشتمل عليها التشريع الموضوعى، ليست محاطة بالمحاذير التى تحيط بالمنطقة الموضوعية، باعتبار أن الأخيرة تمثل لب الحلال والحرام، مما يتعذر اقتحام حرمها، وتجاوز محظوراتها انطلاقاً من قدسية الأحكام الدينية، بينما المسائل الإجرائية بحسبانها وسيلة وإجراء، لا تنطوى على مثل تلك الحساسية والمحاذير، ومن ثم فإن القانون بأجمعه ينبغى فهمه فى هذا السياق الذى يحقق الإصلاح لنظام التقاضى فى الأحوال الشخصية، وييسر على المتقاضين، والطرف الذى يناضل من أجل استخلاص حقه فى التوصل إليه من أقصر طريق، وبأقل قدر من العناء والتضحيات، وتحقيق صالح الأسرة بأجمعها، وهو ما يجعل هذا القانون فى نهاية المطاف ليس عصياً على التعديل إذا ما ظهرت سواءته، وتبدت معايبه، على اعتبار أن عملية الإصلاح عملية مستمرة، يبغى بها المشرع الحق والعدل والإنصاف، وحفاظاً على الأسرة المعلم المضيئ من معالم المجتمع الإسلامى، الذى يتسم بالتماسك والتلاحم بين مكونات أفراده، التى هى بحق اللبنة الأساسية، والصرح الشامخ لقوة بناء المجتمع، ليواجه بها عوامل التفكك والانحلال وتراجع قيم الانتماء والولاء.

أهمية إجراءات التقاضى فى مجال الأحوال الشخصية

بصدور قانون إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، يكون المشرع المصرى قد أوشك على إكمال المنظومة الإجرائية للتنظيم القضائى، التى تشتمل على كل من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وقانون الإجراءات الجنائية، ويسهم القانون الإجرائى بشكل يؤثر فى تصحيح مسيرة القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، حيث إن كلاً منهما لازم للآخر، لا قيام له بدونه، بحسبان أن إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية هى الوسيلة الضرورية لتطبيق القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، ونقلها من حالة السكون إلى حالة الحركة، وبمعنى آخر فإن القانون الإجرائى للأحوال الشخصية هو القاطرة المحركة لقوانين الأحوال الشخصية التى تقوم على دفعها إلى الغاية التشريعية المنشودة.

ومن هنا يقوم قانون إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية على رسم الوسائل والآليات اللازمة لتطبيق القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، وإخراجها من حالة المبادئ والقواعد والأحكام إلى حالة متحركة بإعمالها فى الواقع العملى وترجمتها إلى واقع ملموس، وهو ما يكشف عن الصلة الوثيقة والعضوية بينهما.

وهكذا فإن الدور الذى تقوم به القوانين الإجرائية، دور محورى لا غنى عنه، وربما يتجاوز هذا الدور التقليدى، إلى دور آخر أكثر إيجابية وتفعيلاً، ذلك أن قوانين التقاضى الإجرائية، ليست مجرد قواعد شكلية تنظم مباشرة الدعوى وترسم لها خط سيرها، ثم ينتهى دورها بصدور حكم فيها أو بسبب آخر من أسباب الانقضاء، ذلك أن الخصومة هى مجموعة من الإجراءات القضائية، وهذا يعنى أن الإجراء

القضائى هو الوحدة البسيطة التى تتكون منها الخصومة، ويعد كل إجراء على حدة عملاً قانونياً قائماً بذاته، وتختلف الإجراءات من حيث أشخاصها ومضمونها وطبيعتها، فبعض الإجراءات يقوم بها الخصوم أو من يمثلهم، وبعضها الآخر يقوم بها القاضى أو أحد أعوانه، وهى تختلف من حيث مضمونها فى صورة دفع أو دفاع أو قرار[1] ومن ثم فهى أوثق صلة بتحقيق مبدأ سيادة القانون، وانضواء الجميع تحت سلطة التشريع وهو السبب الرئيسى لاهتمام كل النظم والشرائع، بتضمين قوانينها لقواعد إجرائية، يتوسل بها إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، وتمكين كل مواطن من الوصول إلى حقوقه بطريقة ميسورة تضمن حسن سير العدالة، وتعمل على انتظام الحياة القضائية فى أبلغ صورها، على نحو يعكس قيم المجتمع ومقوماته المادية والأخلاقية، وبما يمكن كل مواطن من اللجوء إلى قاضيه الطبيعى.

العلاقة بين قانون إجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية وقانون المرافعات المدنية والتجارية:

هى علاقة وثيقة، تتبدى فى أن قانون إجراءات التقاضى، قد تخلق من رحم قانون المرافعات، فالأخير يمثل الأصل والمنبع، لكون الأحوال الشخصية تصنف ضمن العلاقات المدنية، وإن تميزت بأنها أوثق لصوقاً بالشخصية الإنسانية ولعل هذا يتجلى فى أن الكتاب الرابع من قانون المرافعات، كان مخصصاً لتنظيم مسائل الأحوال الشخصية، قبل صدور القانون الحالى، ويبرز الالتحام بين القانونين فيما نص عليه قانون إجراءات التقاضى للأحوال الشخصية، من تطبيق قانون المرافعات فيما لم يرد بشأنه نص فى هذا القانون.

---

[1]- م. مصطفى مجدى هرجه، الموسوعة القضائية فى المرافعات المدنية والتجارية، جـ١، ص ٣٦.

كما يشترك كلا القانونين فى أنهما من قوانين التنظيم القضائى يتوخى حل النزاع بين المتقاضين بشأن مصالحهم الخاصة، ومعاملاتهم الفردية. الأول — إجراءات الأحوال الشخصية — فى المسائل اللصيقة بالشخصية، والثانى — المرافعات — فى المسائل المدنية والتجارية.

بالإضافة إلى وحدة الجهاز القضائى فى القانونين: فالمحاكم المدنية، ومحاكم الأحوال الشخصية، تتأسس على جهاز قضائى واحد، هو القضاء المدنى مع تقسيم الدوائر داخل المحكمة الواحدة، إلى دوائر مدنية، ودوائر أحوال شخصية، بحسب توزيع العمل، وتحديد اختصاص الدائرة داخل المحكمة المدنية، وبالنظر إلى إيجاد نوع من التخصص وتقسيم العمل، لمصلحة العدالة. يخضع الدعويان المدنية والأحوال الشخصية لفلسفة إجرائية مشتركة، فيما يتعلق بطريقة إصدار الأحكام، والتقاضى على درجتين الدرجة الأولى والثانية وقبول الدعويين للطعن بالنقض.

أنه يحكم كلا نوعى القضاء المدنى والأحوال الشخصية، مبادئ مشتركة، تتمثل فى شفوية المرافعة، وقواعد الإثبات، ومباشرة الإجراءات فى مواجهة المتداعين، وعلنية النطق بالأحكام.

ومناط الاشتراك فى المبادئ الحاكمة لنوعى القضاء، ووحدة الفلسفة الجامعة بينهما، ووحدة القواعد الإجرائية، هو دوران المنازعة فى فلك العلاقة الخاصة، وفى نطاق الرضائية، والاحتكام إلى الإدارة ووحدة الغاية أو الهدف، وهو تحديد المراكز القانونية للأفراد، واستقرار التعامل، وتحقيق العدالة بين الخصوم، على أساس أن العدالة هى جماع رسالة القضاء، لدى النظم والشرائع جميعاً، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ

اللَّـهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ الأَمَانَـاتِ إِلَـىَ أَهْلِـهَا وَإِذَا حَكَمْتُـمْ بَيْـنَ النَّـاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: آية ٥٨].

الإجراءات فى الفقه الإسلامى:

عرف الفقه الإسلامى الإجراءات فى مجال العلاقات القانونية، سواء كانت هذه الإجراءات متعلقة بمسألة من مسائل العلاقات الأسرية أو المعاملات المدنية، ولا يخطئ المطلع على النصوص القرآنية حرص الإسلام على رسم إجراءات معينة توصلاً لمقصد الشارع فى الحرص على استمرار العلاقات الزوجية، والإبقاء عليها ما أمكن، ونرصد من ملامح هذا النظام الإجرائى، ما نص عليه قوله تعالى: ﴿وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾ [النساء: آية ٣٤، ٣٥].

ودلالة هذا النص، فيما نحن بصدده، هو أن الشارع الإسلامى، حدد طرقاً معينة، ينبغى إتباعها لعلاج حالة النشوز من جانب الزوجة، وتوقى استمرارها رفع راية العصيان والتمرد فى علاقتها بزوجها فعندئذ على الزوج أن يدعوها بالرفق واللين إلى التزام الجادة، والعودة إلى الاستقامة فى معاملته ورعاية أسرتها، وأن يذكرها بما قرره الإسلام من الإحسان فى العشرة والمعاملة بالمعروف، فإذا لم يجد هذا، فإن الزوج ينتقل إلى الطريق الثانى وهو الهجر فى المضاجع، ومغادرة فراش الزوجية إلى موضع آخر فى بيت الزوجية، فإن لم يجد هذا الإجراء ولا ذاك، فإن له يضربها كملاذ أخير، إذا ما انغلقت أمامه كل طرق الإصلاح وضروب العلاج لإعادتها إلى طاعته، وتخليها عن العناد

والاستعلاء عليه وعصيانه، والمقصود بالضرب، هو الضرب الخفيف الذى لا يترك أثراً، ويتقى فيه الوجه، والمواضع الحساسة فى الجسم، وهو ما بينه الرسول ﷺ لمن سأله: (ما حق زوجة أحدنا عليه؟ فقال: يطعمها ويكسوها، ولا يضرب الوجه، ولا يقبح، ولا يهجر إلا فى البيت).

وقال الإمام محمد عبده[1] فى تعليقه على هذه الخصال التأديبية التى وردت بالنص: فابدءوا بما بدأ الله به من الوعظ، فإن لم يفد فليهجر، فإن لم يفد فليضرب، فإن لم يفد هذا أيضاً يلجأ إلى التحكيم، وقد صرح كثير من المفسرين بوجوب هذا الترتيب فى التأديب، وإن كان العطف بالواو لا يفيد الترتيب، قال بعضهم: "دل على ذلك السياق والقرينة العقلية إذ لو عكس كان استغناء بالأشد عن الأضعف، فلا يكون لهذا فائدة". وقال بعضهم: "الترتيب مستفاد من دخول الواو على أجزاء مختلفة فى الشدة والضعف مرتبة على أمر مدرج، فإنما النص هو الدال على الترتيب".

ثم رسم القرآن طريقاً آخر، للإصلاح بين الزوجين، حالة ما إذا كانت الإساءة متبادلة، وعدم وفاء كل منهما بواجباته تجاه قرينه، أو إخلال أحدهما بحق الآخر، والفارق بين الإجراء الأول المتمثل فى خصال التأديب الثلاثة، والإجراء الثانى الخاص بالتحكيم، أن الأول يكون فى داخل الأسرة، والخلل فيه من الزوجة، فالزوج يباشر حقه فى القوامة، بينما الثانى يكون من خارج منزل الزوجية؛ لأن الزوج أساء كما أساءت؛ ولأننا بصدد حالة استحكام الخلاف بين الزوج والزوجة، وركوب كل منهما متن الشطط، والسير فى طريق انهيار الحياة الزوجية، فيكون الإجراء هو التحكيم لإصلاح ذات البين، والوقوف على

1- تفسير المنار، جـ ٥، تفسير الآية: "واللاتى تخافون نشوزهن".

المخطئ منهما وتلمس سبل الإصلاح ما أمكن، وإلا كان الطلاق إذا ما تعذر التوفيق بينهما، ولا يكون التطليق إلا بعد سلوك هذه الإجراءات.

وفي مجال الطلاق، وحل العلاقة الزوجية، جاء نص قوله تعالى: ﴿الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: الآية: ٢٢٩]

رسم القرآن طريق فك الرابطة الزوجية بالطلاق المتعاقب، الذى يكون طلقة بعد طلقة، حتى يستنفد الزوج الطلقات الثلاث، فهذا هو سبيل الطلاق الشرعى الذى يتم مرة بعد مرة، وليس دفعة واحدة بلفظ واحد وفى مجلس واحد.

ويتأكد ذلك بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ الْعِدَّةَ وَاتَّقُواْ اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِى لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُواْ ذَوَي عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: الآيات: ١، ٢]، وفى النص بيان لكيفية الطلاق، وتنبيه على أن الطلاق يكون للعدة، توطئه لإرجاع الزوجة، واستئناف الحياة الزوجية، وفيه ترقب لاحتساب مدة العدة خشية الفوات وصيرورة المرأة أجنبية عن الرجل، ثم الالتزام بإبقاء الزوجة فى منزل الزوجية لمقصد ترجيح إمساك الزوج لها بالمعروف على المفارقة بالمعروف حفاظاً على ما كان بين الزوجين من سابق العهد وحرمة العشرة، وقد أتى النص بأو للدلالة على أن الرجل يملك على المرأة هذا وذاك، لكن الخطوات والمقدمات التى ذكرها النص تدل على رجحان إعادة العشرة الزوجية، والإبقاء على المرأة فى عصمة زوجها ما أمكن إلى

ذلك سبيلا، وإلا لما كان لإتباع هذه الإجراءات الواجبة حالة التطليق فائدة، وكانت لغواً وتزيداً، وهو ما يتنزه عنه النص القرآنى والحكم الشرعى، فضلاً عن أن النص القرآنى جاء بعبارة آمرة، تخاطب النبى ومجتمع الرجال أن يتحروا سلوك هذه الخطوات عند فصم الرابطة الزوجية.

أهمية إجراءات التقاضى فى المذكرة الإيضاحية

بينت هذه الأهمية المذكرة الإيضاحية والأعمال التحضيرية للقانون، ومناط هذه الأهمية تكمن فى أنه إذا كان القانون الموضوعى هو الذى يضع الحدود والفواصل بين الحقوق والالتزامات، وإذا كانت قاعدته المتمثلة فى النص التشريعى، هى التى تهدى صاحب الشأن إلى أنه صاحب حق، فإن هذا الحق يبقى نظرياً ومجرداً حتى يأتى القانون الإجرائى ليرسم الطريق الذى يتحول به الحق المجرد والنظرى إلى واقع ملموس لصاحبه عليه كل قدرات المحاسبة والفعل.

وهكذا فإن القوانين الإجرائية تشكل قوة التفعيل اللازمة للقوانين الموضوعية، وفاعلية النظام القانونى فى جملته بقواعده الموضوعية والإجرائية معاً، لا تتأتى إلا بحساسية القواعد الإجرائية لتغيرات الواقع وقدرتها على جعل حركة الساعين إلى حقوقهم أكثر سرعة وأقرب إلى بلوغ درجة الحسم بأبسط الخطوات وأنجزها.

ومن هذا الواقع، كانت التغيرات والتعديلات التى شهدها قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهو أب جميع القوانين الإجرائية دائمة التتابع والتلاحق كى تتمكن من مجابهة تغير الواقع الاجتماعى والقانونى والقضائى، وهو التغير الذى يخلق الضرورة الموضوعية لتعديل

وتغيير فى القاعدة الإجرائية، على نحو يجعلها أكثر قدرة على مواجهة تغير الواقع وتبدل الأوضاع.

وعلى ذلك، فإنا نجد أنه إثر صدور القانون المدنى الحالى فى عام ١٩٤٨، فقد صدر قانون جديد كامل للمرافعات المدنية والتجارية فى سنة ١٩٤٩، ثم أدخلت عليه تعديلات عديدة، حتى تم إلغاؤه وحل قانون كامل جديد محله، هو القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، ولم يفتأ أن تلاحقت عليه التعديلات بعد ذلك حتى كان أوسعها وأشملها، هى التى أدخلت عليه بموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ وما زالت فى الطريق تعديلات أخرى تسعى إلى الصدور.

إن كثرة التغيير والتعديل فى القوانين الإجرائية لا تمثل عيباً تشريعياً؛ لأنه إذا كان مقبولاً أن تصادف التعديلات السريعة فى القوانين الموضوعية حذراً شديداً، أو أن تلقى نقداً له ما يبرره، فإن الأمر فى شأن القوانين الإجرائية يقع على خلاف ذلك؛ لأن قدراً من السرعة فى تعديلها يحقق حيوية أكثر ويقظة أشد فى الاستجابة لتلاحق متغيرات الواقع، وهو ما يعطى للقاعدة الإجرائية قوتها التفعيلية.

وإذا نحن أمعنا النظر فى مجموعة الإجراءات التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية، نجد أنه فى مقابل المرونة التى اتسمت بها القواعد الإجرائية لقانون المرافعات المدنية والتجارية، فإن تلك القواعد قد اتسمت بجمود يصيب هذا المجال القضائى بشلل شديد، ذلك أن المنظومة التشريعية الأساسية التى تنتظم القواعد الإجرائية فى مسائل الأحوال الشخصية، هى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى صدرت فى عام ١٩٣١ إبان وجود القضاء الشرعى كجهة قضاء متكامل ومستقل فى مسائل الأحوال الشخصية، ولقد تم إلغاء هذا القضاء بموجب القانون رقم

٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وأضيفت أعمالـه واختصاصاتـه إلى القضـاء العـادى، ولكن ظلت الإجراءات فى هذه المسـائل تحكمـها أحكـام ونصـوص هـذه اللائحة إلى جانب الكتاب الرابع من قانون المرافعات الذى نقـل بحالتـه مـن قـانون المرافعـات رقـم ٧٧ لسـنة ١٩٤٩ إلى القـانون رقـم ١٣ لسـنة ١٩٦٨.

وقد اتسمت هذه القواعد الإجرائية بذلك الجمود فى نفس الوقت الذى حمل فيه المشرع المصرى مسئولية حركة كبرى للإصلاح التشـريعى اقتضتها ضرورات تطور الواقع الاقتصادى والاجتماعى والسياسى للبلاد، وهى حركة ليس لها نظير فى تاريخ مصر الحديث إلا تلك الحركة التى وقعت فى الربع الأخير من القرن التاسـع عشـر حـين أنشئت المحـاكم المختلطة ثم المحاكم الأهلية، وصدرت مجموعات القوانين الأساسية مـن مدنية وتجارية وبحرية وجنائيـة وقوانـين إجرائيـة عـدة، فكـان تقـابل الحركتان اللتان فصل بينهما قرن أو يزيد من الزمـان، إن هـو إلا تعبير عن نقلتين كبيرتين من النقلات الحضارية فى التاريخ المصرى، فالحركة الأولى عبرت عن مرحلة تأسـيس الدولـة الحديثـة وانتظام الحيـاة فيـها انتظاماً مؤسسياً وقانونيـاً رفيعـاً، والحركـة الثانيـة عـبرت عـن انصـهار مجموعة التجارب المصرية على مستوى الواقع والنظـر، سـواء فـى ذلـك تجاربها السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافيـة، وبلـوغ هـذا الانصهار درجة النضج الكافى للانتقال بمصـر الحديثـة إلى عـالم جديـد يتشكل بمفـاهيم ورؤى وإمكانيـات لم يسبق أن توافـرت للإنسـانية مـن قبل، وتحرص مصر على أن يكون لها مكانها ومكانتها فـى هـذا العـالم الذى تخطو إليه، ونظرها إلى التشريع أنـه ليـس فقـط أحـد أهـم أدوات الضبط الاجتماعى، وإنما هو أيضاً أداة حفـز كـل القـوى الاجتماعيـة إلى

المشاركة فى السباق الحضارى لعالم الغد، وتجنيب المجتمع مغبة ضياع بعض قواه كأثر لتغيرات تشريعية أو تعقيدات إدارية.

وليس بجديد أن جميع البحوث والدراسات الاجتماعية قاطعة فى أن التمزق والانهيار الأسرى هو العامل الحاسم للولوج إلى عالم الجريمة والانحراف، وأنه لا سبيل إلى خلق المجتمع القوى القادر على المشاركة فى سباق التقدم الحضارى، إلا بتجنيب كل فرد وكل أسرة فيه عوامل السقوط والانهيار؛ لأن لحظة عدل حاسم تأتى فى توقيتها الصحيح قد تكون حداً فاصلاً بين الظلمات والنور، وبين الصلاح والطلاح، كما أنه ليس بجديد أن مجموعة الأحكام الإجرائية التى تطبق على شئون التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية أصبحت بحالتها غير قادرة على تحقيق التماسك الأسرى المنشود أو تجنيب الأسرة التى فقدت تماسكها مزالق التمزق أو الانهيار الكامل، وهو ما يشكل عاملاً من عوامل التوتر الاجتاعى الذى آن الوقت للتصدى له ومعالجة أسبابه تحقيقاً للاستقرار الاجتماعى المنشود.

حتمية وجود قانون موحد لإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

تبرز هذه الحتمية فى أن القواعد الإجرائية التى كانت تحكم إجراءات التقاضى فى مجال الأحوال الشخصية منذ صدور القوانين الموضوعية فى الأحوال الشخصية، كانت موزعة فى نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ونصوص الكتاب الرابع عن قانون المرافعات المدنية والتجارية، المواد من ٨٦٨ حتى ١٠٣٢ والمنقولة عن قانون المرافعات السابق رقم ٧٧ لسنة

١٩٤٩ ، بالإضافة إلى بعض الأحكام الإجرائية التى نصت عليها القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية وغيرها من القوانين.

وفى مقابلة هذا التشتت والتفكيك للقواعد الإجرائية ، وعدم ربطها فى منظومة واحدة، وهو أمر جد هام، خطا المشرع خطوة هامة حين قام بعمل تعديلات جوهرية بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ تناولت المواد التى جاء بهما القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، بما اشتمالا عليه من جل المسائل الموضوعية للأحوال الشخصية، وهو ما أسفر عن تواصل بين هذه القوانين، وجعل منها منظومة للقواعد الموضوعية فى نطاق الأحوال الشخصية وهى وإن كانت قد عبرت عن مواكبة للتطورات الاجتماعية ، فإنها جاءت فى سياق تفعيل القواعد الموضوعية لتكون قادرة على مجابهة مشكلات الواقع فى عمومها.

وكان من اللازم إزاء الوعى بالتغيرات والمستجدات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية ، أن تمتد يد الإصلاح والتطوير التشريعى إلى منطقة القواعد الإجرائية ، بحسبان أنها الوجه الآخر للعملة فى المنظومة الجامعة للأحوال الشخصية ، وتلافيا لمواطن القصور والجمود الذى يعترى القواعد الإجرائية التى أتت بها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فضلاً عن الحاجة الملحة لجمع شتات تناثر القواعد الإجرائية ، وجمعها فى قانون موحد بما يسهل على كل من القاضى والمتقاضى الإلمام بها ، والوقوف على فلسفتها واتجاهاتها ، بما يحقق المصلحة للأسرة والعدالة فى آن واحد ، وهى الغاية المنشودة من إصدار هذا القانون الإجرائى.

وإدراكاً لهـذه الغايـة ، فقد احتشدت وزارة العدل والمؤسسات العلمية والشعبية ، والمجالس التشريعية من أجل إعادة النظر فـى قواعد الإجراءات ، ودراسة المطبق منها ، وتمحيصها والوقوف على أوجه العجز والقصور فيها ، وشكلت وزارة العدل لجنة من رجال القضاء وأساتذة الجامعات وفقهاء الشريعة ، التى عكفت على إعداد القانون على مدى تسع سنوات ، وطرحته لمناقشات واسعة مستفيضة فـى المحافل المعنية فى المحاكم والجامعات ، ومجمع البحوث الإسلامية ، ليتخذ طريقه عبر الأجهزة التشريعية ، ومجمع البحوث الإسلامية ، ليتخذ طريقه عبر الأجهزة التشريعية ، مجلس الدولة ومجلس الشورى وأخيراً مجلس الشعب ، إلى حيز التطبيق ، ليتبوأ مكانه بين المنظومة القانونية فى مصر.

ولعل أهمية وحتمية وجود هذا القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية تتجلى فى تعدد وكثرة القوانين التى كانت حاكمة للمسائل الإجرائية فى مجال الأحوال الشخصية ، على النحو الآتى :

١- المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية الذى يتضمن ما يلى :

أ- قواعد الاختصاص النوعى للمحاكم الجزئية والابتدائية والاختصاص المحلى.

ب- سماع الدعاوى بالنسبة للوصايا وإنكار الزواج أو الطلاق والإقرار بهما والنفقات.

جـ- الطعن فى الأحكام.

د- الأحكام الغيابية والحضورية والمعتبرة كذلك.

هـ- تنفيذ الأحكام الشرعية.

و- تحقيق الوفاة الوراثية.

٢- القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ بإضافة كتاب رابع لقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، ويتعلق البعض منها بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب، والذى يتضمن المسائل الآتية:

أ- إجراءات المرافعة والفصل فى الدعاوى ومواعيد الطعن.

ب- تنفيذ الأحكام والقرارات المتعلقة بأجر الحضانة والرضاعة والمسكن وتسليم الصغير وضمه وحفظه.

جـ- فى الإجراءات الخاصة بنظام الأسرة للأجانب من علاقات زوجية وحضانة الأولاد وحفظهم.

د- قواعد إثبات النسب والإقرار به وإنكاره وفقاً لقوانين الدولة التى يطلب الانتساب إليها من الوالدين.

هـ- أحكام التبنى التى يتعين الرجوع فيها لقانون الشخص الذى يريد التبنى وقانون بلد الشخص المراد تبنيه.

و- قواعد نفقة الأقارب والأصهار والصغير، ونفقة أحد الزوجين وأجر الحضانة والرضاعة.

ز- أحكام الولاية على النفس.

ح- أحكام تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه.

ط- في إدارة التركات وتصفيتها وتنفيذ الوصايا ووضع الأختام ورفعها وفي الجرد.

ك- أحكام الولاية على المال وقواعد حصر الأموال والتحفظ عليها، وفي تعيين النائب عن عديمي الأهلية والغائبين والمساعدة القضائية وتقديم الحساب والقرارات والأوامر الصادرة بشأنها وطرق الطعن فيها.

٣- القانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات الولاية على المال الذى يتناول:

أ- الولاية والوصاية على القصر وانتهائها.

ب- الحجر والمساعدة القضائية والغيبة.

جـ- الأحكام العامة المشتركة للولاية على المال.

٥- القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية.

٦- القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات في قضايا الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم بمقتضى القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

٧- القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار المرافعات المدنية والتجارية.

٨- القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات والذى يتعلق بالآتي:

أ- بوجوب نظر دعاوى نفقة الزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين على وجه السرعة.

ب- الأحقية فى طلب استصدار نفقة مؤقتة.

جـ- تقرير النفاذ المعجل بلا كفالة والإشكال فى تنفيذ النفقات.

د- قواعد وفاء بنك ناصر الاجتماعى بديون النفقة سالفة الذكر.

هـ- قواعد الحجز على المرتبات والأجور والمعاشات.

و- الوفاء بدين النفقة.

ز- قواعد إيداع ديون النفقة واستيفائها وتزاحمها مع ديون أخرى والعقوبات الجنائية المتعلقة بها.

٩- لائحة تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة ١٩٠٧.

١٠-أحكام القانون المدنى فى المواد من ٨٧٥ وحتى ٩١٤ بشأن إدارة وتصفية التركات.

١١-قرار وزير العدل بشأن لائحة المأذونية.

- القواعد الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، والتى تشمل الآتى:

١- اللائحة التى أقرها المجلس الملى العام للأرثوذكس بتاريخ ٩ مايو سنة ١٩٣٨.

٢- القواعد الصادرة من بابا روما بالنسبة للكاثوليك المصريين فى ٢٢ نوفمبر ١٩٤٩ تحت عنوان: إرادة رسولية فى نظام الزواج للكنيسة الشرقية.

٣- قواعد إنشاء الزواج وموانعه وأسباب الطلاق للروم الصادر من البطريرك فى ١٥ مارس ١٩٣٧.

٤- التقنين الصادر سنة ١٩٤٠ الخاص بالأرمن المصريين المتعلق بالزواج والطلاق والدوطة والنسب والتبنى والحضانة والنفقات.

٥- كتاب الهدايات الذى يحكم الأحوال الشخصية للسريان.

٦- التقنين الذى أقرته الحكومة فى الأول من مارس سنة ١٩٠٢ بالنسبة للبروتستانت.

٧- قرار وزير العدل بلائحة الموثقين المنتدبين.

فلسفة القانون والغاية المنشودة من إصداره

تناولت هذه الفلسفة وتلك الغاية المذكرة الإيضاحية للقانون:

أولاً- فى الجانب التشريعى[1]:

١- توحيد قواعد الإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية، بما يكفل تيسير إعمالها:

فقد ضم القانون بين دفتيه جميع الأحكام الإجرائية التى تنظم إجراءات التقاضى للأحوال الشخصية مع تنقيتها وتنقيحها وتوحيدها

---

[1]- انظر فى ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون.

بالنسبة للمصريين والأجانب والمسلمين وغير المسلمين، بحيث يستغنى بمواده، وهى ٧٩ مادة فحسب، عن بضع مئات من النصوص التى كانت قائمة، والموزعة بين لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية وغيرها. وقد حرص القانون - كما تقول المذكرة الإيضاحية - على النص على ما تقتضيه طبيعة مسائل الأحوال الشخصية من أحكام خاصة تحقق المصلحة الاجتماعية المنشودة تاركاً ما عداها للقانون الإجرائى العام، قانون المرافعات المدنية والتجارية وللقانون المدنى فيما تضمنه من أحكام خاصة بإدارة وتصفية التركات" المادة الأولى من مواد الإصدار.

٢- الرجوع فى قواعد الإثبات إلى المذاهب الفقهية الأربعة:

فإذا كان القانون فى حرص منه على تجنب أى فراغ تشريعى قد أبقى على الحكم الذى تضمنته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، من الرجوع إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى فيما لم يرد بشأنه نص فى قوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، فإنه واجه الأمر فى شأن قواعد الإثبات التى لم يكن ينظمها تنظيم قانونى خاص، لا فى القوانين الموضوعية ولا فى القوانين الإجرائية، وجعل المرجع فيها هو أرجح الأقوال فى المذاهب الفقهية الأربعة، حتى ييسر على القاضى والمتقاضى الرجوع إلى أرجح الأقوال من هذه المذاهب، فى سعة تتناسب وثراء فقه الشريعة الإسلامية" المادة الثالثة من مواد الإصدار.

٣- إعفاء دعاوى النفقات فى جميع مراحل التقاضى من الرسوم القضائية بجميع أنواعها، وإعفاء دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحاكم الجزئية من وجوب توقيع محام على الصحيفة، وفى الحالة أو الحالات التى تتطلبها الضرورة لوجود محام للمحكمة أن

تندب محامياً للدفاع عن المدعى، وفى هذا المسلك من جانب القانون تيسير على المتقاضين وتخفيف عنهم، ومراعاة اعتبارات العدالة فى حسن عرض القضية وبسط جوانبها وتجلية غوامضها أمام المحكمة، وتقرير حق الدفاع للمتداعين" المادة ٣ من القانون.

٤- تعزيز الدور الإيجابى للقاضى فى توجيه دعاوى الأحوال الشخصية إلى مسارها الصحيح.

وتحقيقاً لذلك أجاز القانون للمحكمة فى إطار تهيئة الدعوى للحكم أن تبصر الخصوم فى مواجهتهم بما يتطلبه حسن سير الدعوى، وتمنحهم أجلاً لإعداد دفاعهم على أساس ما جرى تبصيرهم به، مع التزام القاضى فى ذلك بحياده.

وليس من شك فى أن تعزيز الدور الإيجابى للقاضى على النحو المتقدم من شأنه أن يؤدى إلى سرعة الفصل فى الدعاوى ودرء الكيد واللدد عن أصحاب الحقوق، وكثير منهم رقيقوا الحال" مادة ٤ من القانون.

٥- إلغاء نظام الأحكام الغيابية، والمعارضة فى دعاوى الأحوال الشخصية:

وهو ما أخذ به قانون المرافعات المدنية والتجارية منذ سنة ١٩٨٦ فى الدعاوى المدنية والتجارية، وبهذا الإلغاء تصبح جميع الأحكام التى تصدر فى مسائل الأحوال الشخصية حضورية بعد إتباع نظام الإعلان وإعادة الإعلان المقرر فى قانون المرافعات.

ولا ريب أن هذا التعديل يختصر مرحلة من مراحل التقاضى قد تستغرق اعواماً، ويساعد بذلك على سرعة الفصل في هذه القضايا. وقد جاء هذا الحكم المستحدث كأثر لإلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩" المادة الرابعة من قانون الإصدار.

٦- الاستعانة بأخصائى اجتماعى فى دعاوى الأحوال الشخصية:

أدخل القانون نظاماً جديداً فى جميع منازعات الأحوال الشخصية يجوز بمقتضاه للمحكمة أن تستعين بأخصائى اجتماعى لإعداد تقرير عن المنازعة المعروضة عليها فى موعد لا يجاوز أسبوعين، ومن خلال هذا التقرير تتمكن المحكمة من الوقوف على أساس وطبيعة الخلاف، وحالة أطراف الخصومة، فيكون حكمها نابعاً من الواقع الفعلى، لا ما يصوره الخصوم لها، ومن ثم يجئ حكمها عنواناً للحقيقة الواقعية والقانونية" المادة ٣/٤ من القانون.

٧- استحداث محكمة للأسرة لنظر منازعات الأحوال الشخصية المتعددة بين الزوجين:

وتختص هذه المحكمة بنظر جميع المنازعات التى تنشأ بين الزوجين، وذلك حتى يمكن تجنب تعدد المحاكم مع تمكين محكمة واحدة من الفصل فى أوجه الخلاف المتعددة على نحو يحقق سرعة أفضل وعدالة أرقى كأثر لإحاطة المحكمة بكل عناصر النزاع.

وقد عقد القانون الاختصاص للمحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى دون غيرها بالحكم ابتدائياً فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو

الأولاد أو الأقارب وحضانة الصغير وحفظه ورؤيتـه وضمـه والانتقـال بـه ومسكن حضانتـه، وعلـى أن تلـتزم المحـاكم الابتدائيـة والجزئيـة التـى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى مـن هـذه الطلبـات بإحالتـها إلى تلـك المحكمة.

وحتى تفصل المحكمة فى هـذه الدعـاوى جميعـاً بحكـم قطعـى واحد، يجوز لها أن تصدر فى أثناء سير الدعـوى أحكامـاً مؤقتـة بشـأن الرؤية أو تقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قررته مـن نفقـة بالزيـادة أو النقصـان، ولا يجـوز الطعـن علـى هـذه الأحكـام المؤقتـة إلا بصدور الحكم النهائى فيها" المادة ١٠ من القانون.

٨- عـدم تنفيـذ الأحكـام الصـادرة بفسـخ عقـود الـزواج أو بطلانـــها أو بالطلاق أو بالتطليق .. إلا بعد انقضاء مواعيد الطعن عليـــها بطريـق النقض أو الفصل فى الطعن فيها بهذا الطريق.

وقد نظم القانون ذلك بحيث إذا طعن بطريق النقـض علـى أحـد هذه الأحكام، يستمر إيقاف تنفيذه إلى حين الفصل فى الطعن.

ويقوم رئيس المحكمة بتحديد جلسة لنظـر الطعـن مباشـرة أمـام المحكمة فى موعد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ إيـداع صحيفـة الطعـن قلم الكتاب.

وإذا نقضت المحكمة الحكـم، كـان لزامـاً عليـها أن تفصـل فـى الموضوع وبذلـك يزيـل القـانون حرجـاً شـديداً، كـانت تقـع فيـه بعـض المطلقات اللاتى يتزوجن بعد صدور حكم محكمة الاستئناف بتطليقهن ثم تأتى محكمة النقض، وتنقض هذا الحكم، فيفرق بـين الزوجـة وزوجـها

الجديد، وقد تكون أنجبت منه، وتدخل فى مأساة جديدة فى حياتها" المادة ٦٤ من القانون.

٩- إعطاء النيابة العامة دوراً فاعلاً فى تحديد دخل الملتزم بالنفقة، وإنهاء نظام التحريات الإدارية القائم.

واجه القانون ما كشف عنه الواقع العملى من عدم دقة التحريات الإدارية عن دخل المطلوب الحكم عليه بأداء النفقة وما فى حكمها، مما يترتب عليه — فى كثير من الأحيان — ورود معلومات تفتقر إلى الصحة، وتتخذ هذه المعلومات أساساً لتحديد دخل المطلوب منه النفقة. فأوجب القانون أن تطلب المحكمة من النيابة العامة إجراء تحقيق يمكنها من بلوغ تحديد الدخل الحقيقى دون إخلال بأحكام قانون سرية الحسابات بالبنوك .. ولا شك أن هذا التحقيق القضائى سوف يسهم فى الوصول إلى حكم عادل فى دعاوى النفقات. المادة ٢٣ من القانون.

١٠-حسم المنازعات المتعلقة بالسفر إلى الخارج، وسماع وجهات نظر الأطراف المتخالفة فى الموضوع:

فقد نص القانون فى المادة الأولى من مواد الإصدار على أن: يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية:

منها ٥ — المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن.

وقد جاء النص فى القانون على هذا النحو استصحاباً للأصل العام المقرر فى المادة ٤١ من الدستور، وإعمالاً لمبادئ الشريعة الإسلامية

الغراء باعتبارها المصدر الرئيسى للتشريع، وللقواعد المنصوص عليها فى المادة الخامسة من القانون المدنى التى تقنن نظرية إساءة استعمال الحق من مصدرها الأصلى فى فقه الشريعة الإسلامية، وفى نفس الوقت التزم النص بأحد المبادئ الأساسية لضمانات التقاضى، وهو مبدأ المواجهة، فأوجب على القاضى ألا يصدر أمره إلا بعد سماع أقوال ذوى الشأن، تمكيناً لأطراف المنازعة من إبداء وجهات نظرهم حتى يقف القاضى عليها، ويصدر أمره عن بصر وبصيرة.

١١- وسع القانون من سلطات نيابة الأحوال الشخصية، وأعطاها ما يكفل لها إنهاء كثير من الإجراءات المتعلقة بالولاية على المال بحسم، وفى سرعة تناسب ظروف الحال.

ثانياً- فى الجانب الاجتماعى[1]:

١- تقرير نظام الخلع:

راعى القانون هذا الجانب، فى إعمال مبدأ التوازن بين حقوق كل من الزوج والزوجة فى إنهاء العلاقة الزوجية حسبما قرره الشرع الإسلامى، فكاً لإسار رابطة زوجية تبغضها الزوجة، ولا ترضى عنها، ويأبى الزوج إلا أن يستمر فى الإبقاء عليها، رغم ما قد يعتورها من تنافر وتباغض، على عكس مقصود الزواج كما أراده الله من تشييده تحت ظلال المودة والرحمة والسكينة والوئام، لذلك أخذ القانون بإعطاء الزوجة حق إنهاء العلاقة الزوجية، عن طريق الخلع. وهذا ما نص عليه القانون فى المادة ٢٠، بتنظيم إجراءات الخلع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وبهذا المسلك ضمن القانون مسألة موضوعية تمارس وفق إجراءات معينة،

١- راجع فى ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون.

حرصاً منه على سد ثغرة نتج عنها العديد من المنازعات واستطالت أمام القضاء، وكانت الضحية فيها الزوجة والأولاد، والتى انعكست على العلاقات الاجتماعية ككل.

وهكذا أقر الإسلام نظام الخلع اتساقاً مع مبادئه الكلية فى إرساء العلاقة الزوجية على أساس من العدالة والتوازن فى الحقوق والواجبات، وارتكازاً على مبدئه فى دفع الحرج وإزالة الضرر.

٢- تنظيم إجراءات الطلاق، وعدم الاعتداد به قانوناً إلا بالإشهاد والتوثيق

وبهذا المنحى يستحدث القانون حكماً مؤداه أن الطلاق لا يعتد به قانوناً إلا بالإشهاد عليه وتوثيقه أسوة بالزواج الذى لا يعتد به قانوناً منذ صدور القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ إلا بتوثيقه فى ورقة رسمية، على أن ذلك لا ينال من أن الطلاق يقع ديانة.

وفى هذا الصدد نص القانون على أن الطلاق لا يعتد به إلا بالإشهاد والتوثيق، وعلى التزام الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ودعوتهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، على أن يقدما تقريرهما فى مدة لا تقل عن شهر.

فإن ثبت من تقرير الحكمين تعذر تسوية النزاع أو ثبت إعراض الزوجين عن اللجوء إلى التحكيم أو إتمامه، وأصر الزوج على الطلاق تعين على المأذون توثيق الطلاق.

ولا يسرى الطلاق فى حق الزوجة إلا بحضورها التوثيق بشخصها أو بوكيل عنها أو من تاريخ إعلانها بموجب ورقة رسمية، ولا تنفى هذه الإجراءات القانونية وقوع الطلاق ديانة بغيرها.

وبذلك يكون القانون قد ساوى بين حكم الزواج وحكم الطلاق فى جواز الانعقاد أو الوقوع شرعاً، وعدم الاعتداد بذلك قانونـاً إلا بالإشـهاد أو التوثيق" المادة ٢١ من القانون.

٣- قبول دعوى التطليق من زواج عرفى

يفتح القانون بهذا الحكـم المستحدث، بابـاً للرحمـة بالزوجـات اللاتى وقعن فى مشكلة الزواج العرفى، ولا تجدن مخرجاً منـه، بسـبب عدم سمـاع دعـوى الزوجيـة المسـتندة إليـه، فأتـاح لهـن القـانون سمـاع دعاواهن بطلب التطليق. وواجه بذلك أمراً واقعاً فيه إعنات للمرأة يتمثل فى تعليقها على ذمة زوج عقد عليها بزواج عرفى ثم هجرها وأهملـها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم، ولا تجد فكاكاً من وصمة مثل هذا الزواج، فيجيز لها القانون رفع دعوى طلب التطليق عليه، وتسمع دعواهـا هـذه إذا كان زواجها ثابتاً بأى كتابة، وفى هذا الأمر عدل، وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة.

وغنى عن البيان أن الحكم بالتطليق فـى مثـل هـذه الحـالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفى، بما يحرر الزوجـة منـها، ويفتح لها آفاق الدخول فى زوجية شرعية موثقة، ولا يترتب على ذلـك الحكم بالتطليق ما يترتب عليه من الآثار الأخـرى للحكـم بـالتطليق فـى زواج رسمى موثق" المادة ١٧ من القانون.

٤- التزام المحكمة بعرض الصلح على الخصوم

أوجب القانون على المحكمـة فـى دعـاوى الولايـة علـى النفس عرض الصلح على الخصوم، وخص دعاوى الطلاق والتطليق بوجوب بذل الجهد فى محاولة الصلح بـين الزوجـين، خاصـة إن كـان لهمـا ولـد ..

حيث يتعين أن تعرض المحكمة الصلح مرتين على الأقل، فتصل بينهما مدة لا تزيد عن ستين يوماً.

ويمثل هذا الحكم أحد الأبعاد الاجتماعية التى تبناها القانون للحفاظ على كيان الأسرة. المادة ١٨ من القانون.

٥- تنظيم إجراءات تعيين الحكمين فى دعاوى التطليق

اختصر القانون إجراءات تعيين الحكمين فى دعاوى التطليق وأوجب حسم الأمر خلال جلستين متعاقبتين على الأكثر.

وجعل من أقوال الحكمين أو أحدهما أو غير ذلك مما تستقيه المحكمة من أوراق الدعوى سنداً تبنى عليه حكمها ... وتستغنى بذلك عن مرحلة التحقيق التى قد تستغرق مدة طويلة من الزمن" المادة ١٩ من القانون.

٦- تنظيم أحكام مراجعة الزوج لمطلقته فى الطلاق الرجعى

حيث استحدث القانون حكماً جديداً، يقضى بعدم الاعتداد بالمراجعة عند الإنكار، إلا إذا كان الزوج قد أعلن مطلقته بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء تسعين يوماً من توثيق طلاقه لها، وكانت الأحكام التى جرى العمل بها جاءت خلواً من مثل هذا النص، مما أتاح للمتلاعبين أن يراجعوا مطلقاتهم دون علمهن حتى يفاجأن بهذه المراجعة عند إقدامهن على الزواج أو بعد زواجهن من جديد. المادة ٢٢ من القانون.

٧- تنظيم كيفية تنفيذ الحكم الصادر برؤية الصغير

عنى القانون بتنظيم كيفية تنفيذ الحكم الصادر برؤية الصغير، فجعل الأصل بأن يكون فى أحد الأماكن التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية، وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكان آخر، وبشرط أن يتوافر فيه ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير. المادة ٦٧ من القانون.

٨- إنشاء نظام تأمينى للأسرة

يهدف هذا النظام إلى ضمان تنفيذ أحكام النفقات للزوجة والمطلقة والأولاد والأقارب. وقد نص القانون على أن يشرف بنك ناصر الاجتماعى على تنفيذ هذا النظام، ويصدر بقواعده وإجراءاته قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات" المادة ٧١ من القانون.

٩- رفع النسب التى يجوز الحجز عليها من مرتب أو أجر أو معاش المحكوم عليه

فقد رفعها القانون لتصل إلى ٥٠٪ بدلاً من ٤٠٪ فى النصوص التى كان العمل عليها، وهذا مما يحقق العدالة والتيسير بتمكين المحكوم لهم من مواجهة أعباء الحياة، ويحفز المحكوم عليه لمراعاة الالتزامات التى تفرضها عليه أحكام الشريعة الإسلامية والأخلاق" المادة ٧٦ من القانون.

١٠- عدم إيقاف تنفيذ أحكام النفقة ولو استشكل فيها

إذ لم يرتب القانون على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة الصادرة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين أو الأقارب وقف إجراء تنفيذها،

وذلك خروجاً على القواعد العامة لمراعاة حاجة المحكوم لهم بالنفقة. المادة ٧٨ من القانون.

١١- إعادة تنظيم أداء بنك ناصر الاجتماعى للنفقات والأجور وما فى حكمها

فقد ناط القانون بهذا البنك أداء ما يحكم به من ذلك للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، وفقاً للقواعد والحدود والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل، بعد موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية" المادة ٧٢ من القانون.

وكان القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات يجعل وفاء البنك بهذه الديون فى حدود المبالغ التى تخصص لهذا الغرض.

وقد نص القانون على حلول البنك محل المستحقين فى النفقة فى تحصيلها من المحكوم عليه، وما تكبده البنك من المصاريف. المادة ٧٥ من القانون.

كما عاقب القانون كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذ الحكم أو أمر مما نص عليه القانون، صدر بناءً على إجراءات أو أدلة مصطنعة أو صورية، وذلك بعقوبة الحبس الذى لا تقل مدته عن ستة شهور.

وتكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين لكل من تحصل من بنك ناصر على مبالغ غير مستحقة له، مع علمه بذلك" المادة ٧٩ من القانون.

نصوص القانون

مـواد الإصـدار

تنص المادة الأولى من مواد الإصدار فى فقرتها الأولى على أن:

تسرى أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضى فـى مسـائل الأحوال الشخصية والوقف، ويطبق فميا لم يرد بشأنه نـص خـاص فيـه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام القانون المدنى فى شـأن إدارة وتصفية التركات.

المذكرة الإيضاحية:

هذا الحكم الذى يجعل قـانون المرافعـات المدنيـة والتجاريـة هـو القانون الإجرائى العـام الـذى يرجـع إلى أحكامـه حـين تخلـو القوانـين الإجرائية الخاصة بالأحوال الشخصية من حكم خاص، هو ترديد للوضع القائم حالياً، والذى يستند فى شـأن أحكـام الكتـاب الرابـع مـن قـانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسـنة ١٩٤٩ إلى حكـم المـادة (٨٦٨) الذى يجرى على أن:

تتبع فى مسائل الأحـوال الشـخصية القواعـد المقـررة فـى قـانون المرافعات مع مراعاة القواعد التالية:

أما فى شأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فيستند الأمـر فـى اعتبار قانون المرافعات هو القانون الإجرائـى العـام، إلى حكـم المـادة (٥) من القانون رقم ٤٦٢ لسـنة ١٩٥٥ بإلغـاء المحـاكم الشـرعية والمجـالس المليـة، والـذى يجـرى علـى أن : تتبـع أحكـام قـانون المرافعـات فـــى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقـف التـى كـانت مـن

اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها.

أما إعمال أحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات، فالمقصود به الإحالة إلى أحكام المواد من ٨٧٥ إلى ٩١٤ من هذا القانون؛ لأنها الأحكام العامة الإجرائية فى شأن إدارة وتصفية التركات السارية على الكافة.

وتوحيد جميع النصوص الخاصة بالإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية فى هذا المشروع، اقتضى توحيد الحكم بإعمال أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد به نص خاص فى هذه النصوص، على أن الجديد فى حكم المادة الأولى هو ما تعنيه من أن أحكام المشروع الموحد، صارت هى الأحكام الواجبة النافذة على جميع إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، سواء تعلقت بالمسلمين أو غير المسلمين، وبالمصريين أو غير المصريين، وسواء فى ذلك مسائل الولاية على النفس أو الولاية على المال، وذلك بعد أن كان المصريون يخضعون لأحكام تخالف تلك الأحكام التى يخضع لها غير المصريين.

ما ورد فى قانون المرافعات، ومذكرته الإيضاحية:

المادة ٨٦٨: تتبع فى مسائل الأحوال الشخصية، القواعد المقررة فى قانون المرافعات، مع مراعاة القواعد التالية:

تعليقات على هذه المادة:

هذه المادة معدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢

المذكرة الإيضاحية:

يشمل هذا الفصل والفصل الذى يليه بعض قواعد وأحكام فى إجراءات المرافعة فى الدعوى والفصل فيها، وطرق الطعن فيه ومواعيده، مما يتلاءم مع طبيعة مسائل الأحوال الشخصية، ويحقق ما يجب أن تتسم به إجراءاتها من بساطة وتيسير وسرعة، وهى أحكام عامة لمسائل الأحوال الشخصية؛ بمعنى أنها واجبة الإتباع فى كل ما تختص به المحاكم المدنية من هذه المسائل، إلا إذا نص على ما يغايرها فى هذا الكتاب ذاته، وذلك لأن هذا الكتاب يحوى طائفة من الأحكام قائمة بذاتها، قصد بها أن تحل — فيما نصت عليه — محل بعض الأحكام العامة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، أما فيما عدا هذه الطائفة مما لم يرد فى شأنه نص خاص فى هذا الكتاب، فتتبع الأحكام العامة فى قانون المرافعات.

كما جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٢:

وقد عدل المشرع فى المادة ٨٦٨ من القانون الحالى، وأوضح أن تتبع فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية الواردة فى الكتاب الرابع القواعد المقررة فى قانون المرافعات، ما لم ينص على غير ذلك فى هذا الكتاب.

مفاد النص محل التعليق أن الأحكام العامة الواردة فى قانون المرافعات تنطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى الفصل الثانى من الكتاب الرابع والخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية[1].

---

[1]ـ المستشار: مصطفى مجدى المرجه، الموسوعة القضائية فى المرافعات المدنية والتجارية فى ضوء الفقه والقضاء، جـ ٢، ص ١٧١٠، ص ١٩٩٥.

وبهذا المسلك فى مجال الأحوال الشخصية تبنى المشرع فلسفة إجرائية واحدة، محكومة بفكر إجرائى موحد، قاعدته القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، وإطاره العام قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وتنص المادة الأولى الفقرة الثانية على أن:

ويختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره، بإصدار أمر على عريضة، فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية:

١- التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عقد الزواج، أو عدم إعطاء شهادة مثبتة، سواء للمصريين أو الأجانب.

٢- مد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لإتمام الجرد، إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعاداً له.

٣- اتخاذ ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات التى لا يوجد فيها عديم الأهلية أو ناقصها أو غائب.

٤- الإذن للنيابة العامة فى نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها، مما يخشى عليه من عديم الأهلية أو ناقصها والغائبين إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين.

٥- المنازعات حول السفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن.

التعليق:

لقد أحسن القانون صنعاً عندما أوكل لقاضى الأمور الوقتية التصدى لحسم المنازعات الناشئة عن الحالات المذكورة بإصدار أمر على عريضة بشأنها، لخصوصية هذه المسائل، وطبيعتها المستعجلة التى لا

تحتمل الإرجاء أو التأخير، وللحفاظ على الحقوق، وتمكين صاحب الحق من الحصول على حقه، فى التوقيت وبالوسيلة المناسبة حذراً من فوات الفرصة وإضاعة معالم الحق، ودرء الضرر.

وبهذا المسلك يكون القانون قد عهد إلى قاضى الأمور الوقتية بالفصل فى هذه المسائل، ومن ثم يستمد قاضى الأمور الوقتية صلاحياته بالفصل فيها من نص هذه المادة، وليس مما نص عليه فى قانون المرافعات، التى أرست القاعدة العامة فى هذا الخصوص، فى المادة ٤٥.

تنص المادة ٤٥ على أن : يندب فى مقر المحكمة الابتدائية قاض من قضاتها ليحكم بصفة مؤقتة، ومع عدم المساس بالحق فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت.

أما فى خارج دائرة المدينة التى بها مقر المحكمة الابتدائية، فيكون هذا الاختصاص لمحكمة المواد الجزئية.

على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه المسائل، إذا رفعت إليها بطريق التبعية.

وواقع الأمر أن أفراد المشرع فى قانون الأحوال الشخصية لهذه الحالات الخمسة، دون غيرها، واختصاص قاضى الأمور الوقتية بالنظر فيها وإصدار قراره بشأنها، مناطه توفر المبررات والمتقضيات المتطلبة فيها، كمنازعة وقتية تبرز الحاجة الملحة للتصدى لها، ومن ضرورة الحفاظ على الحقوق الناشئة عنها، والمراكز القانونية المترتبة عليها، وهو ما يحتم التعامل معها بالسرعة والحسم اللازمين لها، فى إطار من تحقيق الضمانة الأساسية بتحرى العدالة، واستقصاء الحقيقة، وابتاء كل ذى حق حقه، ولن يتأتى ذلك للقاضى العادى، ولا لإجراءات التقاضى

العادية، حيث تقصر هذه الإجراءات عن الحفاظ على بعض الحقوق، والمراكز القانونية فى حينها، وبالإجراء الحاسم، مع عدم المساس بأصل الحق، الذى يكون الفصل فيه من اختصاص القاضى العادى.

اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإصدار أحكام وقتية، فى مسائل أخرى للأحوال الشخصية:

من حيث إن القضاء المدنى العادى، يختص بالمنازعات المدنية والتجارية، ومسائل الأحوال الشخصية، سواء منها المتعلقة بالمال أو النفس، فإن القضاء المستعجل – كما يقولا صاحب مؤلف[1] القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ – يكون مختصاً بالفصل بصفة مستعجلة، ودون المساس بالموضوع فى اتخاذ الإجراءات الوقتية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، والأمثلة على ذلك كثيرة، ومنها:

مسائل النفقات، فيختص القضاء المستعجل بتقدير النفقات بصفة وقتية وإلزام المحكوم عليه بأدائها، سواء أكانت النفقة المطلوبة نفقة زوجية أو نفقة أقارب أو نفقة لوارث أو محجور عليه أو قاصرة وكذا أجر الحضانة، وكل ذلك إذا توافر ركنا اختصاص القضاء المستعجل، وهما الاستعجال، وعدم المساس بأصل الحق.

ويتوفر الاستعجال كلما كان البادى من ظاهر الأوراق أن حاجة طالب النفقة ملحة، ولا يستطيع الانتظار دون إنفاق، فإذا استبان من ظاهر المستندات أن الزوجة التى تطالب بالنفقة موسره، فإن الدعوى تكون قد فقدت ركن الاستعجال. كما يشترط أيضاً ألا يكون الحكم ماساً بأصل الحق فإذا استبان لقاضى الأمور المستعجلة من ظاهر الأوراق أن

1- المستشار عز الدين الديناصورى، الأستاذ حامد عكاز، ص ١٩٩٧، ص٢٩٢، ٢٩٣.

طالب النفقة مستحق لها، وليس له مال ينفق منه قضى بها، أما إذا ثار نزاع جدى حول عدم استحقاقه لها، كأن كانت الزوجة ناشزاً أو كان للأب أو للابن مال ينفق منه أو كان ظاهر المستندات يشير إلى أن مدعى الوراثة غير وارث قضى بعدم اختصاصه.

أهمية ما أتى به القانون الحالى:

لا شك أن ما جاء به القانون رقم (١) السنة ٢٠٠٠ حول اختصاص قاضى الأمور الوقتية، فى المسائل الخمس التى عددها، قد جعل للقاضى سلطة الفصل بإصدار أمر على عريضة فيها، متى لجأ إليه صاحب الشأن، طالباً اتخاذ إجراء معين، خوله القانون له حيث تراءى للمشرع توافر ركنا الاستعجال فى تلك المنازعات كلها، وهما الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، الأمر الذى يتعين معه على قاضى الأمور الوقتية الحكم فيها، حيث انعقد الاختصاص له، باحتكام المتضرر إليه، فيصدر القاضى قراره بناء على طلب ذوى الشأن.

١- ولا تثور المشكلة بشأن ما عهد به المشرع لقاضى الأمور الوقتية، من التصدى للفصل فى التظلم من امتناع الموثق عن توثيق عند الزواج أو عدم إعطاء شهادة مثبتة له سواء بالنسبة للمصريين أو الأجانب، وذلك لضرورة إجابة الموثق لطرفى عقد الزواج فى إبرام العقد وتوثيقه؛ لأنه الموثق الرسمى المختص بذلك، ولتضرر طرفى العقد من جراء هذا الامتناع، وكذا الشأن بتسليم شهادة مثبتة للزواج مصرياً كان الطالب لها أم أجنبياً، وقد نصت المادة ٨٩٢ من قانون المرافعات فى الكتاب الرابع الخاص بمسائل الأحوال الشخصية والملغى بهذا القانون على أن يرفع التظلم عن امتناع الموثق عن

توثيق عقد الزواج أو عدم إعطائه شهادة مثبتة للامتناع إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها التوثيق.

٢- ويتوفر عنصر الاستعجال كذلك، وعدم المساس بأصل الحق، بالنسبة لمد ميعاد جرد التركة بقدر ما يلزم لإتمام الجرد، إذا كان القانون الواجب التطبيق حدد ميعاداً له، بالنظر إلى حاجة الورثة للانتهاء من هذا الجرد، حتى يتسنى لكل منهم الحصول على نصيبه منها، وعدم إتمام هذا الجرد من شأنه أن يلحق بهم الأذى والضرر.

٣- وتعظم الحاجة أيضاً لتدخل قاضى الأمور الوقتية لاتخاذ ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركات، التى لا يوجد فيها عديم أهلية أو ناقصها أو غائب، من منطلق أهمية اتخاذ مثل هذه الإجراءات التحفظية أو الوقتية على التركة، ودورها فى صيانة، حقوق مستحقيها والحفاظ عليها، وقد نصت م ٩٤٩ من قانون المرافعات فى الكتاب الرابع الملغى على أن : لقاضى الأمور الوقتية أن يصدر قرار على عريضة باتخاذ جميع ما يراه لازماً من الإجراءات التحفظية أو الوقتية للمحافظة على التركة، وبوجه خاص الأمر بوضع الأختام وإيداع النقود والأوراق المالية والأشياء ذات القيمة بأحد المصارف أو لدى أمين.

٤- ويصدق هذا النظر على تخويل قاضى الأمور الوقتية، سلطة الفصل فى الإذن للنيابة العامة فى نقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها، مما يخشى عليه من أموال عديمى الأهلية أو ناقصها والغائبين، إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين؛ لأن من شأن نقل هذه النقود وما يماثلها مما يعد مالاً أو ثروة أو

المستندات الهامة، والأشـياء الثمينـة، صيانـة هـذه الأمـوال مصـدر الـثروة لعديمـى الأهليـة أو ناقصيـها والغـائبين منـهم بإيداعـها واستبقائها فى مكان آمن ومعـد للحفـظ، فتصير بذلك بمنـأى عـن الفقد والتبديد والضياع.

٥- أما بالنسبة للحالة الخامسة الخاصة : بالمنازعات حـول السـفر إلى الخارج بعد سماع أقوال ذوى الشأن، فقد قالت المذكرة الإيضاحية : أن المشرع بموجب هذا الحكم الجديد وضع تنظيماً قانونيـاً لموضـوع منع الزوج أو الزوجة أو الأولاد القصر من السفر، يتوازن مع أحكام الدستور، التى تقضى من جانب بحرية الانتقال لجميع المواطنـين، ومـن جـانب آخـر تجعـل الشريعة الإسـلامية المصـدر الرئيسـى للتشريع. (المادتان ٢، ٤١ من الدستور).

فقد كثرت الشكاوى من تعسف بعض الأزواج فى استعمال حقهم بالإساءة لزوجاتهم بمنعهن وأولادهن القصر من السفر، مرتكنين فى ذلك ما ورد بالمادة الثالثة من قرار وزيـر الداخليـة رقـم ٣٩٣٧ لسـنة ١٩٩٦، التى اشترطت موافقة الزوج لاستخراج جـواز سـفر للزوجـة أو تجديـده، وما خولته للزوج من الحق فـى منـع الزوجـة والأولاد القصـر مـن السـفر بإرادته المنفردة.

ومن ناحية أخرى فقد كشـف الواقـع العملـى، أن هنـاك بعـض الزوجات الأجنبيات يعمدن إلى تهريب الصغـار القصـر إلى خـارج البـلاد نكاية فى أزواجهن المصريين، وأن هناك أزواجـاً يسـلكون ذات السـبيل نكاية فى زوجاتهم، كمـا أن هنـاك مـن الأزواج مـن يعمـد إلى السـفر إلى خارج البلاد، هرباً مـن أداء النفقـات الشرعية التـى حكـم بـها عليـه، وخاصة إذا كان هذا الزوج غير مصرى.

جميع هذه المشاكل كانت تقتضى إيجاد حل يحقق التوازن بين النصين الدستوريين، ثم يحقق التوازن بين حكم الدستور والاعتبارات العملية ومقتضيات العدالة، وقد تمثل هذا الحل فى الرجوع إلى القاعدة العامة الدستورية فى كفالة حق التنقل لجميع المواطنين، وكفالة حق أصحاب الشأن في العلاقة الزوجية فى أن يطلب من القضاء منع من يقوم سبب لمنعه من التنقل لتصبح كلمة القضاء هى وحدها القادرة على تقييد الحق الدستورى؛ ولأن المقتضيات العملية تقتضى السرعة فى هذه الأحوال، فقد كان الطريق القضائى لذلك، هو قاضى الأمور الوقتية، ليصدر أمراً على عريضة مشروطاً بأن يكون مسبباً بالمنع من السفر أو منع استخراج جواز سفر.

فقه النص

توجب العلاقة الزوجية، التزام الزوجة بيت الزوجية، وطاعة الزوج، بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنْفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: الآية: ٣٤] والقوامة تقتضى الطاعة، ولا طاعة للزوجة التى تسافر دون إذن زوجها.

قول الرسول ﷺ: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تسافر ثلاثة أيام فما فوقها، إلا ومعها ذو رحم محرم لها).

ما روى أن امرأة أتت إلى النبى ﷺ وقالت: "يا رسول الله: ما حق الزوج على زوجته؟ قال: حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه"، وهو صريح فى المنع من السفر، وفى وجوب حصولها على إذن من الزوج بما قرره الفقه الإسلامى، من أن حق الزوجة فى النفقة يقابل واجبها فى الاحتباس، تطبيقاً للقاعدة الشرعية: "كل من حبس لمصلحة

غيره ومنفعته، فنفقته واجبة على كل من كان حبسه لمصلحته ومنفعته".

أن أقوال الفقه الإسلامى تؤكد منع الزوجة من السفر دون إذن زوجها، اعتماداً على هذه النصوص، وسيراً فى فلكها، وتأكيداً لواجب الزوجة فى طاعة زوجها.

تقرر هذه النصوص أصلاً ثابتاً يتعين على الزوجة أولاً أن تعيها، وتقوم بمتطلباتها حماية للرابطة الزوجية، ورعاية لمصلحة الأسرة، وحرصاً على الترابط الأسرى، وللحيلولة دون هدم كيان الأسرة، واعتصاماً بالميثاق الغليظ الذى يجمع بين الزوج والزوجة.

وهى ثانياً تتبدى أمام بصر وبصيرة قاضى الأمور الوقتية، يفقه مضامينها ويسبر أغوارها، ويتعمق فى مغزاها ومرماها بالنظر إلى أنها تبتغى صوالح العلاقة الزوجية المقدسة، وصوالح الأولاد والأسرة والمجتمع.

التعليق على المنازعات الخاصة بالسفر

نقرر أصالة بأن المشرع قد أحسن صنعاً بعرض المنازعات المتعلقة بالسفر للخارج بين الزوج والزوجة على قاضى الأمور الوقتية، تأسيساً على حقيقة مؤداها أن هذا القاضى سيقوم بفحص وتمحيص الطلب المقدم له حول السفر، ومثول طرفى النزاع أمامه لسماع أقوالهما، والإدلاء بحججهما فى الموضوع، والنظر فى الأمر برمته، والتعرف على نوعية السفر وطبيعته والمدة التى يستغرقها، والأثر الذى قد يترتب عليه، والقاضى فى أداء مهمته تلك يجتهد فى تغليب وجهة صاحب المصلحة الراجحة، ويعمل على تمكين كل ذى حق من الزوجين من بلوغ حقه،

واضعاً نصب عينيه درء المخاطر، وتوقى المفاسد عن الأسرة جميعاً، وإجراء الموازنة الدقيقة بين الحقوق والمصالح كلها، بحسب الظاهر من الأوراق والمستندات، وطبقاً لأقوال الأطراف وما يدلون به من حجج وبراهين.

وسندنا فى الانتصار لتصدى قاضى الأمور الوقتية لحسم منازعات السفر بين الأزواج والزوجات هو كثرة هذه المنازعات وتفاقمها بسبب دخول المرأة معترك الحياة، بكل ما أسفر عنه من خروج على الأنماط التقليدية، من لزوم المرأة منزل الزوجية وبروز نمط جديد على وضع المرأة، وهو مزاحمتها للرجل فى دواوين الحكومة وفى المرافق العامة، والخاصة، ومنافستها للرجل فى كل مناحى الحياة تقريباً.

وقد أفرز هذا الوضع أموراً جديدة، فرضت نفسها بحكم التطور الذى طرأ على الحياة الاجتماعية عموماً، وعلى وضع المرأة خصوصاً، مما جعلها تطلب السفر وتلح عليه لأغراض وظيفية، كما لو كانت تمتهن وظيفة تتطلب سفرها خارج البلاد، أو لأغراض علمية كالحصول على درجة علمية أو لحضور مؤتمرات وغيرها أو لمساعٍ تتعلق بطلب الرزق وتحسين الدخل، أو بغرض الاستشفاء أو التداوى والعلاج ... إلخ.

فإذا أضفنا إلى ذلك تعسف بعض الأزواج إزاء بعض هذه المطالب أو كلها، وغلقهم الأبواب تماماً أمام زوجاتهم بكل سبيل ومهما كانت مشروعية طلب السفر وضرورته، كما فى حالة إجراء عمليات جراحية مثلا، ومصادرة طلب أو حق للزوجة فى هذا الصدد، مع حيوية عنصر الوقت والحاجه وضيق المدة، وسرعة اتخاذ القرار، فضلاً عن عدم المساس بأصل الحق، فإن تدخل قاضى الأمور الوقتية، وتصديه لحسم النزاع يضحى مطلباً جوهرياً، وعدلاً مقضياً، يكشف عن وجه الحق فى

الموضوع، وقد يكون لديه من الأسانيد الشرعية والقانونية ما يدعم رأيه ويسوغ قراره.

النهى عن التعسف فى استخدام الحق:

تؤصل الشريعة استخدام الزوج حقه فى القوامة على الزوجة، فى ظل الحدود والضوابط الشرعية، وبما لا يؤدى إلى العسف والمجاوزة فى استعماله بما يلحق الضرر بمن يمارس عليه الحق، وعلى نحو يصير الحق فى مواجهة الزوجة نكالاً بها وانتقاماً منها، وها هى المؤيدات الشرعية لهذا المبدأ:

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ﴾ [البقرة: الآية: ٢٣١].

فقد روى فى سبب نزولها أن الرجل كان يطلق المرأة ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها، وهو غير محتاج إلى مراجعتها، بل يفعل ذلك حتى يطيل عليها عدتها إضراراً بها، فأنزل الله الآية.

قول الرسول ﷺ : (لعن الله المحلل والمحلل له)، وذلك لأن فى اللجوء إلى التحليل التوسل بوسيلة مشروعة هى الزواج لمقصد غير مشروع، هو التحايل على أحكامه، والتلاعب بمضمونه وغاياته بتفريغه من محتواه من استقرار العلاقة الزوجية، والانصهار الأسرى، وطلب النسل، إلى الالتفاف حول كل ذلك، ومصادرته، بغية تحليل الزوجة لزوجها السابق.

ولا ينبغى أن يقال إن هذه وقائع خاصة، وردت فى نوازل بعينها؛ لأن هذه الوقائع تحكمها القاعدة الأصولية: العبرة بعموم اللفظ

لا بخصوص السبب، بالإضافة إلا أنـها بيـان تمثيلـى لا حصـرى يدلـل على نماذج من التعسف من قبـل بعـض الأزواج علـى الزوجـات، الأمـر الذى يتوجب معه التدخل التشريعى تنظيماً لاستخدام الحقوق، وضبطاً لها، ودرء للأضرار الناشئة عن التجاوز فيها.

عموم قول الرسول ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار) فإن النهى فيه جـاء شاملاً لكل مسلك ينطوى على المبادأة بالضرر، أو مقابلة الضرر بالضرر.

وعلى ضوء هذا تقرر هذا الأصل فى المادة ٤١ من الدستور إعمـالاً لمبادئ الشريعة الإسـلامية، واستهداءً بـها، وهـو مـا قننـه المشـرع فـى القانون المدنى، فقد نـص علـى منـع التعسـف فـى استعمال الحـق فـى القانون المدنى، فى المادة (٥): يكـون استعمال الحـق غـير مشـروع فـى الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيـث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

جـ- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

وبتقنين هذا المبدأ أصبح جزء لا يتجزأ من النظام القانونى المصرى.

تصدى القاضى الوقتى يكون بقصد تنظيم ممارسة الحقوق علـى نحو صحيح:

دائماً ما يكـون اللجـوء إلى القضـاء عندمـا يثـور النـزاع ويحـدث الشقاق بين الزوجين حـول السـفر، حيـث تـرى الزوجـة أن مـن حقـها

السفر، ويعتقد الزوج أن في سفرها افتياتاً على حقه، وخروجاً على قوامته، وإضراراً به وإضعافاً لكيان الأسرة، وفى هذه الحالة نكون إزاء تعارض فى الرأى، ونزاع حول استخدام الحق، ما بين مؤيد ومعارض، ولا سبيل للخروج من هذا الشقاق، إلا بتصدى قاضى الأمور الوقتية الذى يتحتم الالتجاء إليه على عجل باعتباره السلطة الكفيلة بتنظيم استخدام الحق فى السفر، وهو صمام الأمان، والضامن لحقوق الطرفين، والباحث عن مصلحة الأسرة التى هى مصلحة المجتمع، ومهما كان قرار القاضي فى هذا الشأن بالإذن بالسفر أو رفضه، فإنه يجوز التظلم منه، عملا بالمادة ١٩٧ وما بعدها مرافعات.

فإذا ما عرض عليه النزاع، فإنه سيمارس سلطته التقديرية وفقاً لضوابط الشرع ومصلحة الأسرة، دون انصياع لمطلب الزوجة أو رفض الزوج وإنما ارتكاناً إلى معايير الشرع والمصلحة الأسرية فإنها طبقاً لها سيصدر قراره، ولا تثريب عليه بعد ذلك إن وجد الحق فى طلب الزوجة فوافق على سفرها، أو وجد ضرراً فى طلبها فرفض سفرها أو سفر الأولاد القصر، إلا أنه لا ينبغى توجيه نص المادة نحو تقليص حق الزوج فى القوامة على الأسرة وواجبه فى حماية أسرته.

النص الأول فى مشروع القانون حول السفر

كانت الصياغة السابقة على الصياغة الأخيرة الواردة فى المادة الأولى من مواد الإصدار، هى السبب فى إحداث الضجة، وافتعال الأزمة حول السفر، وقد وردت هذه الصياغة فى المادة ٢٦ من مشروع القانون، بقولها: يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية دون غيره بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوجة أو الأولاد القصر من السفر أو من استخراج جواز سفر – بحسب الأحوال – إذا ما ثار نزاع فى هذا

الشأن، ويختص كذلك بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوج من السفر إذا امتنع عن سداد النفقة المحكوم بها عليه، أو تبين أن سفره من شأنه أن يؤدى إلى إخلاله بالتزاماته نحو رعاية أسرته.

ويصدر القاضى أمره بالمنع من السفر لمدة محددة قابلة للتجديد، وذلك بعد سماع أقوال ذوى الشأن. وله فى جميع الأحوال أن يرفض الطلب إذا كان مقدمه قد أساء استعمال حقه فى طلب المنع من سفر، وينتهى مفعول الأمر تلقائياً بالتنازل عنه فى أى وقت، ويجوز للقاضى أن يأذن بالسفر قبل انتهاء مدة المنع إذا زالت الأسباب التى بنى عليها الأمر بالمنع، ويجب أن يكون الأمر مسبباً، وتقتصر حجيته على الأسباب التى بنى عليها.

وكانت هناك صياغة أخرى للمادة ٢٦ من المشرع، نصت على أن: يختص قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية وحده دون غيره بإصدار أمر على عريضة بمنع الزوج أو الزوجة أو الأولاد القصر من السفر، أو من استخراج جواز سفر بحسب الأحوال، إذا ثار نزاع فى هذا الشأن، ويجب أن يكون الأمر مسبباً، وتقتصر حجيته على الأسباب التى بنى عليها"، وقد أثارت الصياغة بهذا الشكل بعض الانتقادات، والاعتراضات عليها[1]، منها:

أ- أن هذا النص يتضمن اعتداء على حق التنقل الذى كفله الدستور لجميع المواطنين، فقد ذكرت المادة ٤١ من الدستور على أن : الحرية الشخصية حق طبيعى، وهى مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو

---

[1] - انظر تقرير لجنة الإصلاح وتيسير إجراءات التقاضى، شعبة العدالة والتشريع، المجالس القومية المتخصصة، ص ٢٨، ٢٩.

تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون.

وبالتالى فإن تهرب الزوج عن سداد النفقة — وهو ما يقوم به بنك ناصر الاجتماعى — لا يعدو أن يكون مبرراً يستلزمه ضرورة التحقيق أو صيانة أمن المجتمع وفقاً للقيدين المذكورين فى هذه المادة.

ب- أنه أخضع كل من الزوج والزوجة والأولاد القصر على قدم المساواة فى إمكان السفر للخارج من عدمه إلى أمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية رغم اختلاف ظروف ووضع كل منهم، فالزوج بما عليه من التزامٍ بالنفقة على الزوجة مقابل احتباسها وعلى الأولاد لكونه عائلاً لهم، فإن حاجته للسفر لا يجوز أن ترصد ما لم يكن ممنوعاً من السفر تنفيذاً لحكم عليه، أما بالنسبة للزوجة فالأمر جد مغاير، ذلك أن الأصل أن تلازم الزوجة زوجها وتقيم معه أينما أقام، أما سفر الزوجة دون الزوج رغماً عنه، وهو ما يرمى إليه النص، فهو أمر غير مباح شرعاً إلا بشروط وضوابط.

وقد أكد هذا المفهوم المادة (٤٧) من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس بقولها: يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها، وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه ... ويسقط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت منزل زوجها بغير مسوغ شرعى.

جـ- أن قرار وزير الداخلية رقم ٣٩٣٧ لسنة ١٩٩٦، كان يتطلب ضرورة موافقة الزوج لاستخراج جواز سفر للزوجة أو تجديده، ويخول

للزوج الحق فى منع زوجته وأولادها القصر من السفر حماية للأغراض ولكيان الأسرة من الانهيار.

تطبيقات قضائية :

اتجه القضاء الإدارى — باعتباره قضاء مظالم — فى أحكام حديثه إلى إصدار عدة أحكام بجواز سفر المرأة وإلغاء القرار الإدارى السلبى بامتناع جهة الإدارة من عدم إدراج الأطفال القصر فى جواز والدتهم المطلقة لعدم رضا مطلقها بذلك تعسفاً ومسيئاً استعمال حقه، قاصداً الإضرار بأم أولاده.

ومن الأحكام الصادرة فى هذا الشأن حكم محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة — الدائرة الرابعة — الصادر فى ١٤ أغسطس ١٩٩٩ الذى استند إلى أن المطلق كان يقصد تحقيق مكاسب مالية، والتنصل من التزاماته تجاه أولاده والتنكيل بمطلقته.

وفى حكم حديث مماثل للدائرة الأولى بمحكمة القضاء الإدارى، صدر خلال ديسمبر ١٩٩٩، استندت فيه إلى أن الزوج قد تعسف فى استعمال حقه فى الولاية بما يلحق الضرر بابنه الصغير ولا يعود عليه بالنفع؛ لأن القاعدة الشرعية تقضى بأنه لا ضرر ولا ضرار، وأن منع الضرر مقدم على جلب المنفعة، فضلاً عن أنه لا يجوز استخدام الحقوق بقصد الإضرار بالآخرين.

ويبدو أن اتجاه هذه الأحكام بتقرير حق الزوجة فى السفر، وكثرة المشكلات الناتجة عن الأنزعة الحاصلة بين بعض الأزواج والزوجات فى أمر السفر، وتفاقم المشكلات الناجمة عنها، وعدم وجود نص تشريعى يحكم المسألة، هو الذى حدا بالمشرع إلى تقنين قضية السفر

بما ينظمها، ويضبط الحق فيها، بصيغة دقيقة، تخول قاضى الأمور الوقتية وحده بإصدار أمر على عريضة فى المنازعات حول السفر إلى الخارج، بعد سماع أقوال ذوى الشأن.

وبهذه الصياغة التزم المشرع بأحد المبادئ الأساسية لضمانات التقاضى، وهو مبدأ المواجهة، فأوجب على القاضى ألا يصدر أمره إلا بعد سماع أقوال ذوى الشأن تمكيناً لأطراف المنازعة من ابداء وجهات نظرهم حتى يقف القاضى عليها، ويصدر أمره عن يقين وروية وتمحيص.

وقد قضت محكمة القضاء الإدارى بجواز اصطحاب المطلقة الحاضنة أولادها أثناء سفرها للخارج، وضمهم إلى جواز سفرها، وذلك دون إذن الأب.

وحكمت المحكمة بإلغاء قرار وزير الداخلية السلبى بالامتناع عن إضافة أسماء نجلتى مطلقة حاضنة إلى جواز سفرها لاصطحابهما معها أثناء فترة عملها كأستاذ مساعد بكلية التربية الأساسية بالكويت.

وقالت المحكمة فى حيثيات حكمها: إن أوراق الدعوى خلت مما يفيد افتقاد الأم لأحد الشروط المتطلبة قانوناً وشرعاً، لتمتعها بحقها فى حضانتها لطفلتيها.

على أن هذا الاختصاص حول مسائل السفر بالنسبة للزوجة والأولاد والزوج، أصبح بموجب المادة الأولى من القانون، من اختصاص قاضى الأمور الوقتية وحده؛ وخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإدارى.

من أحكام قاضى الأمور الوقتية فى السفر:

قضت محكمة شمال القاهرة الابتدائية فى الأمر الوقتى الصادر فى ١٩٨٩/٩/١٨ حول منازعة المدعية وطلبها تسليم جواز السفر الخاص بها، بإلزام مصلحة الهجرة والجوازات والجنسية بتسليمها جواز السفر الخاص بها، على النحو الآتى:

بعد الإطلاع على الطلب والمستندات ومواد القانون، وملف الأمر الوقتى

- حيث إن حرية السفر والتنقل مكفولة للجميع باعتبارها من الحقوق الشخصية اللصيقة بحرية الإنسان، وإنه قد استبان من الأوراق أن الطالبة تعمل بباريس حيث عمل زوجها، وإن فى منعها من السفر وسحب جواز سفرها، بناء على طلب زوجها دون إبداء أسباب منه ضرراً بها، مما يتعين معه رفع ذلك الضرر عنها، عملاً بالقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام".

لـــذلك

نأمر بتسليم الطالبة جواز السفر الخاص بها رقم ... المسحوب منها، والسماح لها بالسفر إلى الخارج.

المادة الثانية من مواد الإصدار:

على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها، ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت بمقتضى أحكام القانون المرافق من اختصاص محاكم أخرى، وذلك بالحالة التى تكون عليها وفى حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلانه بأمر الإحالة، مع تكليفه بالحضور فى الميعاد أمام المحاكم التى أحيلت إليها الدعوى، ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها، فتبقى خاضعة للنصوص السارية قبل العمل بهذا القانون.

المذكرة الإيضاحية:

نظمت المادة الثانية من مواد الإصدار فى فقرتها الأولى حالات تغير اختصاص المحاكم، تبعاً لما قرره القانون من قواعد الاختصاص، فى بعضها اختلاف عما هو مطبق حالياً من قواعد، بما سيترتب عليه أن بعض الدعاوى التى كانت من اختصاص المحاكم الابتدائية، ستصبح من اختصاص المحاكم الجزئية أو العكس، وقد جعل النص الالتزام بإحالة الدعوى إلى المحكمة التى أصبحت مختصة بها واقعاً على المحكمة التى تنظر الدعوى، تقوم به حتى لو لم يدفع أمامها بأنها أصبحت غير مختصة بنظرها، وتقع هذه الإحالة بدون رسوم جديدة، ولا يقتضى الأمر إعلان الخصوم بأمر الإحالة، إلا إذا كان أحدهم غائباً، فهنا يلتزم قلم الكتاب بإعلانه بأمر الإحالة مع تكليفه بالحضور فى الميعاد أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى.

على أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون، قد استثنت من التزام المحكمة بإحالة الدعوى التى لم تعد من اختصاصها إلى

المحكمة المختصة بها، الدعاوى المحكوم فيها، أى تلك التى صدر حكم قطعى فى شق منها، وبقى طلب أو بعض الطلبات فيها لم يحكم فيها، هنا لا يسرى حكم الفقرة الأولى، وتظل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى مختصة بنظرها حتى تفصل بقضاء قطعى فى باقى الطلبات، كذلك فإن الدعاوى التى أقفل فيها باب المرافعة، وحجزت لصدور الحكم فيها تظل من اختصاص المحكمة التى حجزتها للحكم.

نص المادة الثانية قبل التعديل:

على المحاكم أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى، أصبحت بمقتضى أحكام القانون المرافق من اختصاص محاكم أخرى، وذلك بالحالة التى تكون عليها، وفى حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلانه بأمر الإحالة مع تكليفه بالحضور فى الميعاد أمام المحكمة التى أحيلت إليها الدعوى.

ولا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الدعاوى المحكوم فيها أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم فيها، فتبقى خاضعة للنصوص السارية قبل العمل بهذا القانون.

والفارق بين النص قبل التعديل، والنص الحالى فى القانون، هو فارق فى الصياغة حيث ضمن النص قبل التعديل عبارة أو الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم فيها، فى حين جاء النص فى القانون خلواً من هذه العبارة، أما من حيث الحكم فلا فرق؛ لأن الدعاوى المؤجلة للنطق بالحكم فيها، هى دعاوى أقفل فيها باب المرافعة وحجزت للنطق بالحكم فيها، فتظل من اختصاص المحكمة التى حجزتها للحكم، على نحو ما ذكرت المذكرة الإيضاحية.

المادة الثالثة من مواد الإصدار:

تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد فى شأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة.

ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ — طبقاً لشريعتهم — فيما لا يخالف النظام العام.

نص المادة الثالثة قبل التعديل:

المادة الثالثة من مواد الإصدار نصت فى فقرتها الأولى فى المشروع قبل التعديل على أن: تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال فى الفقه الإسلامى.

ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية مليّة منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥، طبقاً لشريعتهم — فيما لا يخالف النظام العام — ولا يؤثر على ذلك تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى، ما لم يكن التغيير إلى الإسلام فتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.

وهناك صياغة أخرى للمادة الثالثة، قبل التعديل الحالى فى القانون: تنص المادة على أن: تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال

الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد به نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة، وذلك عدا قواعد الإثبات فيعمل فى شأنها بأرجح الأقوال فى المذاهب الفقهية الأربعة.

ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥، طبقاً لشريعتهم — فيما لا يخالف النظام العام.

المذكرة الإيضاحية:

تعليق المذكرة على المادة قبل التعديل الأخير:

"والمادة الثالثة من مواد الإصدار، نصت فى فقرتها الأولى على أن: تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية، والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين، بأرجح الأقوال فى الفقه الإسلامى".

ومقصود هذا النص، هو أن أحكام القضاء تصدر طبقاً لما هو منصوص عليه فى القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية والوقف، فإذا لم يوجد نص فى هذه القوانين، فإن القاضى عليه أن يبحث عن الحكم فى أرجح الأقوال فى الفقه الإسلامى، مقيداً فى ذلك بالمذاهب الأربعة وحدها، وهى المذهب الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى، دون غيرها من مذاهب أو أقوال أخرى.

وعلة ذلك أن أصل هذا النص كان يقابل نص المادة (٢٨٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، التى كانت تحيل فى حالة عدم وجود

نص إلى أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى، وقد رأى مجمع البحوث الإسلامية عند مناقشته لهذا النص أن الإحالة تتعلق بالإحالة إلى القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، وهذه القوانين أخذ المشرع أحكامه فيها من المذاهب الأربعة، ولم يقتصر على المذهب الأخير، وبسطها مع هذه المذاهب إلى المذاهب الثلاثة الأخرى دون أن يتجاوز هذا البسط المذاهب الأربعة الكبرى، إلى غيرها من مذاهب أو أقوال فقهية.

وغنى عن البيان أن القاضى عند لجوئه إلى هذه الإحالة، سيعمل نظره فيها وفقاً لأرجح الأقوال فى المذاهب الأربعة الكبرى، واضعاً فى حسبانه حكم المادة الثانية من الدستور، والتى تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع، وأحكام المواد التاسعة والعاشرة والحادية عشره من الدستور، وهى المواد التى تناولت الأحكام الدستورية بشأن الأسرة، باعتبار أن قوانين الأحوال الشخصية الموضوعية إنما تدور فى فلك هذه الأحكام.

أما الفقرة الثانية من المادة الثالثة، والتى تناول حكمها المنازعات بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥، فنجد مصدرها فى حكم المادة (٦) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية، الذى أخضع هذه المنازعات لشريعة أطرافها فيما لا يخالف النظام العام، ولا يؤثر فى ذلك تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى، ما لم يكن التغيير إلى الإسلام، فتطبق أحكام الفقرة الأولى من المادة.

ملاحظات على صياغة المادة الثالثة قبل التعديل

أثيرت انتقادات على نص المادة الثالثة فى المشروع، قبل تعديلها بالشكل الحالى فى القانون، وقد تناولت هذه الملاحظات، لجنة إصلاح وتيسير إجراءات التقاضى بشعبة العدالة والتشريع بالمجالس القومية المتخصصة[1]، بقولها: إن فى الإحالة إلى أرجح الأقوال فى الفقه الإسلامى، فيما لم يرد به نص فى القوانين وفق ما جاء بالمادة الثالثة من مواد الإصدار بدلا من أرجح الأقوال فى الفقه الحنفى ما يؤدى بالضرورة إلى اختلاف المحاكم فى المسألة الواحدة بعينها، ومن ثم يتعذر تحديد محكمة النقض للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق، إذ من شأن الإحالة إلى أرجح الأقوال فى الفقه الإسلامى أن يكون لكل قاضى وفق منطقة أن يأخذ بالرأى الراجح من أى من المذاهب السنية الأربعة أو من مذاهب الفقه الشيعى المتعددة، وما قد يستتبعه ذلك من خلط بين دور المشرع فى وضعه القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، ودور القاضى الذى ينحصر فى تطبيق تلك القاعدة دون أن يكون له حق إنشائها.

كما أن ذلك يتعارض مع التراث الذى استقرت عليه أحكام المحاكم، ووقر لدى أفراد المجتمع اعتدادا بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة منذ صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية سنة ١٩٣١ وحتى الآن تطبيقا لما جاء بالمادة ٢٨٠ منها.

ونص المادة ٢٨٠ من اللائحة: تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال

1- فى التقرير المقدم، من اللجنة والشعبة، ص ١٦، وتجدر الإشارة إلى أن المؤلف عضو باللجنة والشعبة، ومقرر اللجنة المستشار د. رفعت عبد المجيد، ومقرر الشعبة المستشار محمد عبد العزيز الجندى.

التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد.

التعليـــق

من الحرى القول بأن ما تبناه القانون من صدور الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، وفيما لم يرد بشأنه نص وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة، هو منهج أوفق، وخطة أحكم فى نطاق هذا القانون، من حيث إنه قانون إجرائى يعتنق التبسيط والتيسير فى إجراءات التقاضي، إذ من الميسور على القاضى أن يعتمد الراجح فى المذهب الواحد بدلاً من الرجوع إلى المذاهب الفقهية الأربعة جميعاً، واستخلاص الرأى الراجح منها، فضلاً عن أن المذهب الحنفى، له رصيد وخبرة عملية عبر المسيرة القضائيـة للأحوال الشخصية، وهو الأمر الذى ييسر مهمة القاضى فى بيان القاعدة القانونية واجبة التطبيق فى نطاق هذا المذهب، بينما تغدو المهمة شاقة إذا ما طلب منه الرجوع إلى الرأى الراجح فى المذاهب الأربعة، مع تعدد اجتهاداتها، وصعوبة التعرف على الرأى الراجح فى كل مذهب منها.

أن ما نص عليه القانون بالنسبة لتطبيق الأحكام فى مواد الأحوال الشخصية والوقف وفقاً للمنصوص عليه فى قوانين الأحوال الشخصية أرقام ٢٥ لسنة ١٩٢٠، ٢٥ لسنة ١٩٢٩، ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ وغيرها من القوانين الموضوعية، ثم تطبيق القول الراجح فى الفقه الحنفى فيما لم يرد بشأنه نص، هو إجراء واضح القسمات للتفرقة بين القوانين الموضوعية والقوانين الإجرائية، وتحديد لنطاق واختصاص كل منها، وهو أمر جدير بالاهتمام خاصة فى ظل الشكاوى المستمرة من قوانين الأحوال الشخصية بسبب بطء الإجراءات وتعقدها وتناثرها بين دفة

لائحة المحاكم الشرعية والكتاب الرابع من قانون المرافعات وغيرها من القوانين، ومن ثم جاء القانون الحالى للتغلب على هذه المثالب والثغرات.

وأنه فى ظل هذا القانون يجرى الإثبات طبقاً لقواعد المذهب الحنفى، وليس المذاهب الأربعة إذ أن هذا يتفق مع خطة القانون فى التيسير والتبسيط وكان يتعين عليه إذا أراد الإثبات وفقاً للمذاهب الأربعة أن يقوم بتقنين الرأى الراجح فى المذهب غير الحنفى؛ لأن من شأن هذا التقنين أن يقضى على أى تضارب قد ينشأ فى التطبيق، ناهيك عن التيسير على المحكمة والمتقاضين، فهذا التقنين مطلوب فى القواعد والأحكام كلها، بما يؤدى إلى التوحيد فى القانون الحاكم بين موضوع الدعوى وإثباته تحقيقاً للتوفيق ونبذاً للتخليق.

والدليل على ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه لا يسوغ التحدى برأى الإمام أبى حنيفة فى إثبات أمر لا يجيزه، وكان ذلك فى قضية قبلت فيها محكمة الموضوع الإثبات بشاهد واحد فى طلب التطليق لعدم الإنفاق، وبنى الزوج طعنه على أن القول الوحيد لدى الأحناف أن نصاب الشهادة رجلان أو رجل وامرأتان، وقد رفضت محكمة النقض النعى تأسسا على أن التطليق لعدم الإنفاق وللغيبة لا يقوم أصلاً على رأى فى مذهب أبى حنيفة الذى لا يقر بالإجماع التطليق لهذين السببين، وإنما يقوم هذا التطليق على رأى الأئمة الآخرين، ونقله عنهم المشرع فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، م٤، ٥.

نقض ١٩٦٠/٢/١٨ مجموعة المكتب الفنى، س ١١، ص ١٨١.

وإعمالاً لذلك، فإن الإثبات فيما لم يرد بشأنه نص يكون طبقاً للرأى الراجح فى المذهب الحنفى، اتساقاً مع الموضوع، وإرساءً لمبدأ

التوحد بين القاعدة الموضوعية، ووسيلة الإثبات، ويصدق ذات القول على القواعد الموضوعية فى قوانين الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المذاهب الأخرى فإن إعمال قاعدة موضوعية فى المذهب المالكى أو الشافعى أو الحنبلى، يتطلب الأخذ بوسائل الإثبات طبقاً لقواعد المذهب المعمول به، أما الأخذ بقاعدة موضوعية من هذا المذهب، وبقاعدة إثبات من مذهب آخر، فهو التلفيق بعينه، والانفصال بين القاعدة الموضوعية، وطريقة الإثبات المقررة لها.

وعلى سبيل المثال فقد يجيز مذهب الإثبات بالقرائن أو النكول عن اليمين بشاهد واحد بينما لا يأخذ به المذهب الآخر، ومن ثم فلا يكون مقبولاً تطبيق القرينة أو النكول عن اليمين أو شهادة شاهد واحد، كوسيلة إثبات على قاعدة موضوعية لمذهب لا يجيز الإثبات بأى من هذه الوسائل.

أما بالنسبة للفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية الناشئة بين المصريين غير المسلمين، فقد جاءت ترديداً، لما نصت عليه المادة (٢/٦) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ومنطوقها بحصر اللفظ.

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون، فتصدر الأحكام — فى نطاق النظام العام — طبقاً لشريعتهم.

وفى هذا النطاق يكون القانون قد أكد الاتجاه الذى كفلته الشريعة لغير المسلمين من رعايا الدولة الإسلامية، والذين يحملون

جنسيتها، وهو احترام شريعتهم وخضوعهم لولاية قانونهم الديني الواجب التطبيق عليهم، انطلاقاً من خصوصية الأحوال الشخصية، ودوران أحكامها فى فلك الدين والطائفة والملة، وهو ما أمر المسلمون بإتباعه، تطبيقاً للقاعدة الشرعية: أمرنا بتركهم وما يدينون، استمداداً من حرية الدين، وحماية ممارسة شعائره، فى قوله تعالى: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾.

وتجدر الإشارة إلى أن تطبيق الأحكام الخاصة بشريعة غير المسلمين مناطه عدم مخالفة هذه الأحكام للنظام العام، بما يمثله من الالتزام بالمقومات والقيم المادية والمعنوية التى يقوم عليها نظام المجتمع، وتشكل ثوابت قطعية لا يجوز انتهاكها أو الخروج عليها ومعلوم أن احترام النظام العام واجب على الكافة أغلبية وأقلية حكاماً ومحكومين.

المادة الرابعة من مواد الإصدار:

تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، و٦٢٨ لسنة ١٩٥٥، و٦٢ لسنة ١٩٦٧ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب إتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧، كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق.

المذكرة الإيضاحية:

علقت المذكرة الإيضاحية على هذه المادة بقولها: وقد عددت المادة الرابعة من مواد الإصدار القوانين التى يتم إلغاؤها بإصدار هذا القانون، كما نصت على إلغاء كل حكم يخالف ما جاء فيه من أحكام.

التعليــــق

بهذا النص الذى ألغت به المادة، هذه الغابة المتناثرة من القوانين واللائحة الشرعية والتى كانت خليطاً فيما تضمنته من قواعـد موضوعيـة وأخرى إجرائية، بما أسفرت عنه من عدم الفصل بين ما هو إجرائى وما هو موضوعى فى نطاق الأحوال الشخصية، بل وفقدان العديد من القواعد الإجرائية فى نطاق الأحوال الشخصية، ونقصها، وقدمها وعدم مواكبتها للتطورات التى طرأت على القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، الأمر الـذى أفـرز طـول وتعقيـد إجـراءات التقـاضى فـى منازعـات الأحـوال الشخصية، ومـدى المعانـاة التـى تكبدهـا المتقـاضين والقضـاه، وهـو أمـر ضجت به الشكوى، من أجل إصدار قانون إجرائى فـى مجـال الأحـوال الشخصية.

وبموجب هذا النص للمادة الرابعـة يكـون القـانون رقـم ١ لسـنة ٢٠٠٠ هو القانون الأساسى لتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، الواجب إتباعها لإعمال القواعد الموضوعية المنصوص عليـها فى قوانين الأحوال الشخصية والوقف، وهو المرجـع الـذى يحتكـم إليـه لدى القاضى والمتقاضى على السواء.

أما إذا لم يوجد نص إجرائـى فـى هـذا القـانون، لتنظيـم بعـض الأوضـاع والإجـراءات الخاصـة بـالأحوال الشـخصية، فيطبـق قـانون المرافعـات المدنيـة والتجاريـة باعتبـاره القـانون الإجرائـى العـام، المنظـم للإجراءات المدنية والتجارية والأحوال الشـخصية فيمـا لا يوجـد بشـأنه نص، كما تنطبق أحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركـات، كما نصت على ذلك المادة الأولى فى الفقرة (١) من هذا القانون.

ويحقق نص هذه المادة ميزة مؤكدة، فى المجال الإجرائى، من حيث وحدة المواد الإجرائية، وجمعها في قانون موحد يسهل الرجوع إليها، فضلاً عن مواكبة ما طرأ من تطورات على القوانين الموضوعية فى الأحوال الشخصية، وإصلاح وتيسير إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، والمضى قدماً على طريق استكمال المنظومة الإجرائية وتكاملها.

المادة الخامسة من مواد الإصدار:

يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام القانون المرافق كما يصدر لوائح تنظيم شئون المأذونين والموثقين وأعمالهم، ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال.

المذكرة الإيضاحية:

علقت بقولها: وأناطت المادة الخامسة بوزير العدل، سلطة إصدار القرارات اللازمة، لتنفيذ أحكام القانون المرافق، وحرصت الفقرة الثانية من نفس المادة على النص على اختصاص وزير العدل بإصدار لوائح شئون المأذونين، وذلك لأنه كان يستمد هذه السلطة من أحكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فكان الإلزام هو النص عليها صراحة بعد إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقد استتبع ذلك النص على اختصاصه بإصدار لوائح تنظيم شئون الموثقين وأعمالهم، ونماذج الوثائق اللازمة لأداء هذه الأعمال.

وقد أصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ هذا القانون، وهى ملحقة بهذه الدراسة.

المادة السادسة من مواد الإصدار:

ينشر هذا القانون بالجريدة الرسمية، ويعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها صدر برئاسة الجمهورية فى ٢٢ من شوال ١٤٢٠ هـ الموافق ٢٩ من يناير سنة ٢٠٠٠.

المذكرة الإيضاحية:

قالت: أما المادة السادسة من مواد الإصدار، فقد نصت على نشر القانون فى الجريدة الرسمية، وحددت تاريخ العمل به.

الباب الأول

أحكام عامة

مادة (١)

تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى.

المذكرة الإيضاحية:

نصت المادة (١) من المشروع، على أن تحسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها فى هذا القانون بالتقويم الميلادى، ويستند الحكم فى ذلك، إلى أن أحكام هذا القانون، هى أحكام إجرائية، وضرورة التنسيق فى الأحكام الإجرائية مع قانون المرافعات المدنية والتجارية الذى يأخذ بالتقويم الميلادى (المادة ١٥) يقتضى الأخذ بهذا التقويم، وهو ما فعله من قبل القانون المدنى، عندما نص فى المادة الثالثة منه على أن : "تحسب المواعيد بالتقويم الميلادى، ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وهذا المنهج هو الذى أخذ به المشرع فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة، وبعض مسائل الأحوال الشخصية، حين نصت المادة ٢٣ على أن : "المراد بالسنة فى المواد من ١٢ — ١٨ هى السنة التى عددها ٣٦٥ يوماً"، كذلك فيما نصت عليه المادة ٧٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال، والمادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بإصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والأخذ بالتقويم الميلادى فى المسائل الإجرائية يرفع

أى اضطراب يمكن أن يقع فى العمل، حيث إنه التقويم الذى تحسب به مواعيد الطلبات والطعون، وقبول أو عدم قبول الدعاوى.

وجدير بالذكر أن القول بأن التقويم القمرى، له أساس دينى، هو قول محل نظر؛ لأن هذا التقويم هو تقويم يرتبط بالثقافة العربية لا بالدين الإسلامى كعقيدة، فهو التقويم الذى كان معمولاً به في الجاهلية، كما استمر العمل به فى الإسلام، الذى لم يدخل عليه تعديلا إلا جعله تاريخ الهجرة، هو بداية السنة القمرية، مع الإبقاء على شهورها كما هى.

التعليق

إن حساب المدد والمواعيد الإجرائية بالتقويم الميلادى فى هذا القانون، مناطه إعمال قاعدة إجرائية واحدة فى خصوص احتساب المدد والمواعيد الخاصة بقيد الدعاوى أمام المحاكم، وتقديم الطلبات والطعون عنصراً جوهرياً فيها، والحد الفاصل بين قبول الإجراء من عدمه، وهو ما يمثل مصلحة أكيدة للخصوم، بلجوئهم إلى قاعدة إجرائية موحدة تطرد فى قوانين الإجراءات المختلفة، لذلك كان من الضرورى أن يتحقق التنسيق والتوافق بين قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون التقاضى فى الأحوال الشخصية على اعتبار أنه عمدة القوانين الإجرائية، وهو المرجع فى التطبيق عندما لا تنص القوانين الإجرائية الأخرى على قاعدة خاصة على المسائل التى تنظمها، كما هو الشأن مع قانون الإجراءات الجنائية، والإجراءات الإدارية.

وإذن فإن توحيد احتساب المدد والمواعيد بين قانون إجراءات التقاضى وقانون المرافعات والقوانين الإجرائية الأخرى، يعد مطلباً حيوياً تستلزمه وحدة الجهاز القضائى الذى تتبعه المحاكم المدنية والتجارية ومحاكم الأحوال الشخصية فهما تنتمى جمعياً إلى هيئة قضائية واحدة،

وانتظام إجرائي واحد، مما يستدعي أن تتواءم قواعدها الإجرائية وأن تجرى على نسق واحد، وهو أمر جد ضرورى لانعقاد الخصومة وقبول الدعوى، وقد ورد نص م ٤/١٥ من قانون المرافعات حاسماً: وتحسب المواعيد المعينة بالشهر أو بالسنة بالتقويم الشمسى ما لم ينص القانون على غير ذلك، ومثل ذلك ورد فى ٣٢ من القانون المدنى وإذا كان هذا سائغاً من منطلق مصلحة الخصوم والتقاضى، إذ أن الخلط أو وجود بعض اللبس فى هذا الصدد، يترتب عليه البطلان وعدم القبول، حيث إن التقويم الميلادى يختلف عن التقويم الهجرى، فى عدد أيام الأشهر، فهو ما بين ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١ فى الأشهر الميلادية، بينما يتراوح ما بين ٢٩، ٣٠ فى الشهور القمرية، وهذا الفرق قد يؤدى إلى الوقوع فى الخطأ والاضطراب، لما يتمخض عنه من تفويت ميعاد قبول الدعوى أو قبول الطعن، بما يسفر عنه من فقدان مصلحة المتداعين، والتضارب فيما بين حساب الإجراء تبعاً لنوع الدعوى.

ويمكن فى ضوء ذلك، قبول ما نصت عليه المادة (١) تأسيساً على رعاية المصلحة، التى هى مقصود الشرع الإسلامى، وعلى حد تعبير ابن القيم فحيثما تكون المصلحة فثم شرع الله[1]، وبالتأسيس على القاعدة الفقهية: "إن الوسائل تأخذ حكم الغايات"، فالوسيلة إلى ما هو ضرورى تكون ضرورية، والوسيلة إلى المباح مباحة، والوسيلة إلى الحرام حرام، وهو ما جعل المقدمات تابعة للنتائج، وألحق الوسيلة بالغاية، واعتبرت جزء منها، تأخذ حكمها، وتخضع لمقتضياتها إذا صح ذلك، أمكن القول بأن الاحتكام إلى التقويم الميلادى، هو من قبيل رعاية المصلحة، وانتظام

1- يقول ابن القيم: فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان، فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفى ما هو أظهر منها" الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية، ص١٨، مطبعة المدنى.

الإجراءات، ووسيلة صحيحة لاستقضاء الحقوق، وتنـدرج ضمن ما هـو مقرر لولى الأمر من جواز تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة، وهو باب من أبواب السياسة الشرعية، التى قوامـها العدالـة ورعايـة مصـالح الناس.

وقد كان حريا بالمذكرة الإيضاحية، ألا تنزلق إلى تبرير ما جاء به النص بقولها: "إن القول بأن التقويم القمرى لـه أساس دينـى هـو قـول محل نظر؛ لأن هذا التقويم هو تقويم يرتبـط بالثقافـة العربيـة لا بـالدين الإسلامى كعقيدة ... إلخ" فهذه المقولة على هذا المنحى محل نقد؛ لأن إشـارات النصـوص فـى القـرآن والسـنة، موضعـها التقويـم القمـرى لا الشمسى، نسوق منها قوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة قـل هـي مواقيـت للناس والحج﴾ [البقرة: آية ١٨٩] وقوله عز شأنه: ﴿إن عدة الشهور عنـد الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منهآ أربعة حرم﴾ [التوبة: آية ٣٦]، وقول الرسول ﷺ: (صومـوا لرؤيتـه وأفطـروا لرؤيته) يعنى رؤيـة الهـلال. فـإن المواقيـت وفـق هـذه النصـوص تكـون بالتقويم القمرى، بقـوة النـص ودلالتـه، لا سـبيل إلى التـأويل أو النسـخ فيها.

وعلى هدى من هذا، فإن التقويـم القمـرى يكـون لـه أسـاس فـى النصوص، وجدير بالإتباع بالنسـبة للأحكـام الموضوعيـة كـالعدة، وسـن البلوغ والمراجعة، وهو ما لا ينفيه النص أو يلغى الأخذ بـه؛ لأنـه قصـر التقويم الميلادى على المسائل الإجرائية، لا الموضوعية، كما أن الأخذ به فى المسائل الإجرائية يكون له سنده الشرعى، غاية الأمـر أن اعتبـارات المصلحـة والتناسـق بـين القوانـين الإجرائيـة حـدت بالمشـرع إلى الأخـذ بالتقويم الميلادى.

المادة (٢)

تثبت أهلية التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية.

وينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ممثله القانونى، فإذا لم يكن له من يمثله، أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضى بالمخالفة لرأى ممثله أو فى مواجهته عينت المحكمة له وصى خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير.

المذكرة الإيضاحية:

جاء نص المادة (٢) نصاً مستحدثاً أخذ فيه القانون بالرأى القائل بضرورة تحديد أهلية إجرائية للتقاضى فى مسائل الولاية على النفس، وحددها بخمس عشرة سنة ميلادية كاملة، مراعياً فى ذلك أن من بلغ هذه السن يكون له من القدرة والإدراك، ما يستطيع معه إفهام القاضى دعواه خاصة فى الدعاوى المتعلقة بالنفقات والأجور والمصروفات بأنواعها، وفى نفس الوقت فإنها وإن كانت سن تعطيه أهلية إجرائية، وهى دون سن الأهلية الكاملة المحددة فى القانون، إلا أنها أهلية تسعف الصغير فيما يواجهه من مشاكل، وتجد سندها فى أرجح الأقوال من المذهب الحنفى.

واتساقاً مع حكم القواعد العامة، فإن الصغير الذى لم يبلغ هذا السن يمثله وليه أو وصيه أو من له حق الحفظ حسب الأحوال.

وكما عالج القانون حالة أهلية التقاضى الخاصة المشار إليها، فقد عالج حالة الصغير، الذى لم تكتمل له هذه الأهلية، وليس له من يمثله،

أو اقتضى الحال مباشرة إجراءات التقاضى بالمخالفة لرأى ممثلـه أو فـى مواجهته، فأوجب على المحكمة أن تعين له وصى خصومة، وذلـك مـن تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير.

فقــه النــص

تعنى الأهلية: الصلاحية بالمعنى العام، وهى فى المعنى الأصولى: صلاحية الإنسان ومحليته للحقـوق المشـروعة لـه وعليـه[1]؛ أى: قدرتـه على اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، وهو المعنى الـذى أخـذ عنـه القانون.

والأهلية فى الاصطلاح القانونى: وصف يقوم بالشـخص فيجعلـه قابلاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات.

وتنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء

أ- **أهلية الوجوب** تعرف بأنها : صلاحية الإنسـان لوجـوب الحقـوق المشروعة له وعليه وتثبت هـذه الأهليـة للإنسـان باعتبـاره إنسـاناً، وبمعنى آخر فهى مرتبطة بحياة الشخص، فتـدور وجـوداً أو عدمـاً مع حياته.

ب- **أهلية الأداء**: وتعرف بأنها صلاحية الإنسان لصـدور الفعـل عنـه، على وجه يعتد به شرعاً، فيكتسب الحقـوق، ويلـتزم بالواجبـات، وهى مرهونة بتوفر القوى العقلية والبدنية.

١- شرح التوضيح على متن التنقيح، جـ ٢، ص ١٦٨.

وترتيباً على هذا المفهوم للأهلية، ذهبت أقوال الفقهاء في بيان ماهية البلوغ، ويحمل أقوالهم في هذا السياق، أن المرجع في معرفة البلوغ أمران: أولهما: رصد المظاهر الطبيعية، والتغيرات الجسمانية التي تطرأ على بدن الإنسان كملاحظة العوارض البيولوجية (الحيوية) ويطلق عليها الفقهاء: علامات البلوغ، وهي تلك الأمارات والمظاهر الدالة على دخول الإنسان دور الرجولة أو الأنوثة، مثل الاحتلام، أو الحيض أو النفاس للفتاة. ثانيهما: بلوغ سن معينة، وهذا السن الذي يتحقق به البلوغ، هو خمس عشر سنة (١٥ سنة)، في رأي الإمام الشافعي وأحمد والصاحبان من الحنفية[١]، يستوي في بلوغ هذه السن كل من الفتى والفتاة.

وعند أبي حنيفة، سن البلوغ بالنسبة للفتى ثماني عشرة سنة (١٨ سنة) وفي رواية عنه بتسع عشرة سنة (١٩ سنة)، وبالنسبة للفتاة، فإن سن البلوغ في حقها، سبع عشرة سنة (١٧ سنة).

وبمقتضى ذلك يكون ما أتى به القانون في المادة ١/٢ من أن أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، هي خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعاً بقواه العقلية، أشبه برأي الأئمة الشافعي وأحمد والصاحبان أبو يوسف ومحمد، وإنما قلنا أشبه أو أقرب إلى هذا الرأي لاختلاف عدد الأيام في الشهور الميلادية عن الشهور الهجرية.

وقد كان منحى القانون المدني، نابعاً من الفقه الإسلامي، ونصوصه ناطقة بذلك:

١- الخطيب، مغني المحتاج، جـ ٢، ص ١٦٦، المغني، جـ ٣، ص ٢٨٤.

المادة ١/٤٥ تنص على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أوعته أو جنون، وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز"، ويكون ذلك فى مرحلة انعدام الأهلية فيما بين الولادة وحتى سن السابعة، ولا أهلية له مطلقا فى هذه المرحلة.

المادة ٤٦ تنص على أنه: "كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، وهى مرحلة نقصان الأهلية، وتكون ما بين سن السابعة وحتى بلوغ سن الرشد.

نصت المادة ٤٧ على أن : "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط وفقا للقواعد المقررة فى القانون".

المادة ١٠٩ ونصت على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"، ومؤدى ذلك أن أهلية الأداء تلزم لمزاولة التصرف القانونى، ولا تلزم لترتب آثار الواقعة القانونية، وهى —أى أهلية الأداء – موجودة لدى كل شخص ما لم يعرض لها سبب من أسباب سلبها، أو يحد من هذه الأهلية بموجب القانون.

والنتيجة المترتبة على ملاحظة السن الذى تثبت به أهلية التقاضى فى قانون إجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية والقانون المدنى، هو أن سن أهلية التقاضى فى الأول، هو خمس عشرة سنة، بينما سن أهلية التقاضى فى الثانى هو ثمانى عشرة سنة.

تطبيقات قضائية

تواترت الأحكام على التفرقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، وعلى سن الأهلية، ومن نماذج ذلك[1]:

الأهلية، هي أهلية وجوب، وأهلية أداء، فأهلية الوجوب كون الإنسان محلاً؛ لأن يكون له أو عليه حق، وهو بوصف كونه إنساناً حائزا لأهلية الوجوب، سواء كان صغيراً أم كبيراً عظيماً أم حقيراً، وأهلية الأداء نوعان: مادية وهى المتعلقة بالأموال كحق الملك وحق البيع والإجارة، وما إلى ذلك، ومعنوية وهى التى لا يمكن تقويمها بمال كالحقوق السياسية والاحتراف بمهنة من المهن كالطب والهندسة، والحقوق الذاتية التى هى من خصائص الإنسان.

٤٥/٣٨٦ س ك ، شبين الكوم (٤٦/١١/٢٤) م ش ٤٥/١٨

الصبى المميز أهل للخصومة، وأهل الخصومة أهل للدعوى، وأهل الدعوى أهل للحلف.

٢٩/١٨ العياط (٣٠/١/٦) م ش ٤٣٠/١

والمقصود بالتمييز بلوغ سن الخامسة عشرة، على ما أوضحنا؛ لأن أهلية الخصومة، هى أهلية التقاضى.

يكون القاصر أهلاً للخصومة شرعاً فى المطالبة بنفقته، متى بلغ خمس عشرة سنة، وقانوناً ببلوغه ثمانى عشرة سنة.

١- انظر: أحمد نصر الجندى، مبادئ القضاء الشرعى، المجلد الأول، ص ٢٤٢.

حيث إن وكيل المدعى عليه اعترف بأن سن المدعى يزيد عن ثمانى عشرة سنة، فهو باعترافه هذا أهل للخصومة شرعاً لتجاوزه درجة البلوغ الشرعى بالسن، وهو خمس عشرة سنة، وهذا كافٍ فى قبول الدعوى أمام المحكمة، على أنه أهل للخصومة فى هذه الدعوى قانوناً.

٣٤/٣٧٥ ملوى (٣٥/٢/٢٦) م ش ٨٤٩/٧.

أما الفقرة الثانية من المادة، فقد عالجت النيابة القانونية بالنسبة لعديم الأهلية أو ناقصها، حيث ينوب عنه ممثله القانونى، ليقوم على شئونه، ويتولى رعايته، ويعبر عن مصالحه، والأصل أن الولى الطبيعى أو الشرعى هو القائم على شئون الصغير، وقد عقد قانون الولاية على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الولاية للأب والجد الصحيح والأم والوصى فهى ولاية بقوة الشرع الإسلامى، وبنص القانون.

تنص المادة ١٢ على أنه : "يقصد بالولى فى تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصى، وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص.

وقد اصطلح على التمييز بين الولاية والوصاية أو القوامة، فالولاية تنصرف إلى ما ثبتت بالطريق الشرعى أو الطبيعى، فهى تكليف شرعى وواجب فطرى للأب أو الجد الصحيح، بينما تنصرف الوصاية أو القوامة إلى ما نصبه القاضى بحكم يصدره لكفالة مصلحة المشمول بالرعاية، والمصطلح المستخدم هو الوصاية فى حق القائم على أمر الصغير.

وبالنظر إلى أن القاضي له الولاية العامة، استناداً إلى القاعدة الفقهية: الحاكم (القاضى) ولى من لا ولى له" فإن له حق مراقبة الولاية

على الصغير، وتقويم الولى، وسلب ولايته متى أخل بمصالح الصغير وأهدرها، وطبقاً لما أشارت إليه الفقرة ٢/٢ ، فإن للمحكمة أن تعين وصى يتولى الخصومة نيابة عن الصغير فى الحالات الآتية:

١- ألا يكون هناك ممثل قانونى للصغير.

٢- أن تكون هناك مسوغات لمباشرة إجراءات التقاضى على خلاف ما يراه الممثل القانونى.

٣- أن تبادر المحكمة بغير طلب إلى تعيين وصى.

٤- أن تطلب النيابة العامة أو الغير تعيين وصى.

وقضت محكمة النقض بأن : "سن المخاصمة القضائية بالنسبة لمنازعات الأحوال الشخصية، هى بلوغ الصغير الخامسة عشر من عمره، وعلى ذلك يعتبر الصغير البالغ لهذه السن، قد بلغ سن المخاصمة القضائية فيخاصم ويخاصم بشخصه.

الطعن رقم (١) لسنة ٥١ ق، فى ١٩٨٢/٢/١٦

وقضت بأن: "وصى الخصومة يكون له ما للوصى العام فى رفع الدعوى عن القاصر التى يرى أنه له مصلحة فى رفعها، وأن يطعن فى الأحكام الصادرة فيها بكافة طرق الطعن العادية وغير العادية، ويكون لوصى الخصومة عند وجود مصلحة للقاصر أن يطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة فى الدعوى التى أذن له فى رفعها، من غير حاجة فى ذلك إلى إذن خاص من المجلس الحسبى.

نقض ٩/٢٦ ق ، فى ١٩٣٩/١٠/٢٦ ، مجموعة النقض ص ٣١٧.

المادة (٣)

لا يلزم توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمـام المحكمـة الجزئيـة، فـإذا رفعـت الدعـوى بغـير توقيـع محـام علـى صحيفتها، كان للمحكمـة عنـد الضـرورة أن تنـدب محاميـاً للدفـاع عـن المدعى، ويحدد الحكم الصـادر فـى الدعـوى أتعابـاً للمحـامى المنتـدب، تتحملها الخزانة العامـة، وذلـك دون إخـلال بـالتزام مجـالس النقابـات الفرعيـة بتقديـم المسـاعدات القضائيـة علـى النحـو المنصـوص عليـه فـى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن إصدار قانون المحاماة.

وتعفى دعاوى النفقات وما فى حكمها من الأجـور والمصروفـات بجميع أنواعها من الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى.

المذكرة الإيضاحية

كذلك فإن نص المادة (٣) جـاء أيضـاً مسـتحدثاً، حيـث أعفـت الفقرة الثانية من هذه المادة دعاوى النفقات من الرسوم القضائيـة بجميـع أنواعها، ويسرى الإعفاء من الرسوم على جميع مراحل التقاضى، وكـان تقدير ذلك مبنياً على أن طالبى النفقات فى الأغلب من الحـالات، هـم من أرقاء الحال، سواء أكن زوجات أو مطلقات أو أبناء أو آباء.

ويسرى حكم هـذا النـص علـى جميـع دعـاوى النفقـات، سـواء أكانت بطلب تقريرها أو زيادتها أو إنقاصها، بحسـبان جميـع الطـالبين فى هذا الشأن فى مركز قانونى واحد يقتضـى توحيـد معاملتـهم بقـاعدة واحدة.

كما استحدث المشرع فى الفقرة الأولى من النص، استثناء على أحكام قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ ، فلم يستلزم توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحاكم الجزئية، وهو استثناء قصد به التيسير على المتقاضين، الذين لا تؤهلهم قدراتهم المادية إلى الاستعانة بالمحامين، دون أن يصادر على حرية من يرغب فى هذه الاستعانة، وبتقدير أن ما تختص به المحاكم الجزئية من مسائل الأحوال الشخصية، قد لا يشير فى أكثر الأحيان مشاكل قانونية معقدة مما تستلزم قيام محام بدراستها وتوقيع صحيفة الدعوى الخاصة بها، وأن فى سعة صدر المحكمة مع عرض المتقاضى ما يمكن من الوصول إلى تحديد النقطة القانونية المطروحة.

التعليق

لم يتطرق نص المذكرة الإيضاحية للسلطة التقديرية للمحكمة فى أن تندب محاميا للدفاع عن المدعى، وعرض القضية أمام المحكمة خدمة للعدالة، وحق المدعى فى المنافحة عن قضيته، عندما تتطلب ظروف القضية وما تثيره من أوجه بيان ودفاع أن يوكل أمرها إلى محام يذود عنها، ويظهر وجه الحق فيها بما يحقق العدالة، ويضعها على طريق الفصل السريع والعدالة الناجزة.

والسبب فى عدم تعرض المذكرة الإيضاحية لهذه النقطة، أن المذكرة قد وضعت قبل إقرار القانون حالة كونه مشروعا، وكانت صياغته هى : لا يلزم توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية.

وتعفى دعاوى النفقات من كافة الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى، وعند مناقشة المشروع أمام مجلس الشعب، أثار بعض أعضاء المجلس أهمية وجود محام يتولى مباشرة دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية؛ لأن حق الدفاع مكفول لكل مدعٍ أمام القضاء، ولتجنب إطالة أمد الدعوى عند غيبة من يقوم على إدارتها، ويحسن عرضها أمام المحكمة، وتوفيراً للوقت والجهد على كل أطراف القضية المدعى والقاضى، وتيسيراً على المحكمة فى الفصل فى القضية، لذلك كان النص على جواز انتداب محام عند الضرورة للدفاع عن المدعى، مقابل أتعاب تتحملها الخزانة العامة: على أن ما جاء به النص فى فقرته الأولى، من عدم لزوم توقيع محام على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية، قد يكون على حساب العدالة، وتضيع الحقيقة؛ لأن القضاء يعتمد على المواجهة، ومقارعة الحجة بالحجة، والبرهان بالبرهان، وهو ما لا يحسنه المدعى، فضلاً عن عدم درايته وخبرته به، إذ التوكيل بالخصومة علم وفن عرض الوقائع، وبيان الأسانيد، وتحديد مقطع النزاع والكر على حجة الخصم وتنفيذها، إذ من المعلوم أن التقاضى مثلث له أضلاع ثلاثة، القاضى والمتقاضى والمحامى، واستقامة أمر التقاضى وتكامل بنيانه مرهون بوجود هذه الأضلاع الثلاثة.

وعلى العموم، فإن القانون قد راعى الاعتبارين، ووازن بين المصلحتين، مصلحة المدعى، وخدمة العدالة، فلم يتطلب توقيع محامٍ على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية، رفعاً لأعباء التكلفة المالية على الفقراء ومحدودى الدخل، وحتى لا يكون هذا التوقيع بتكاليفه المالية سبباً لإحجام المدعين الفقراء والمعسورين من اللجوء إلى القضاء لضيق ذات اليد، فقد أجاز للمحكمة أن تندب محامياً

للدفاع عن المدعى، وفى هذا رعاية حسن سير العدالة، فأعطى للمحكمة سلطة تقديرها تستخدمها متي اقتضت الضرورة ذلك، مع عدم تحميل المدعين أى أعباء مالية رفقاً بهم، وتسهيلاً عليهم، وتحميل أتعاب المحامى فى هذه الحالات الاستثنائية للخزانة العامة.

وقد أتى بنص الفقرة ٣/٢ بتيسير هام، بأن أعفى دعاوى النفقات، وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من الرسوم القضائية فى كل مراحل التقاضى، وعلى ذلك فإن الإعفاء من دفع الرسوم يتناول جانبين: الأول: عناصر النفقة جميعاً من الطعام والكسوة والمسكن وسواء كانت نفقة دائمة أو مؤقتة كما يشمل الأجور بأنواعها من أجر الرضاع وأجر الحضانة، وأجر المسكن، وأجر الخادم — إذا كان الأب ممن يخدم أولاده — وكذا المصروفات كمصاريف العلاج والمصروفات الدراسية للأطفال، ومصاريف الولادة والمواصلات وما فى حكمها؛ لأن هذا هو مقتضى العموم الذى جاءت به الفقرة بجميع أنواعها، ولأن الزوجة أو المطلقة أو الحاضنة من حقها المطالبة بهذه النفقات والأجور والمصروفات شرعاً وقانوناً، إبقاءً لحياتها، وحفاظاً على طفلها ورعايته.

ويستمد هذا الحق في النفقة وما في حكمها، من نص قوله تعالى: ﴿وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: آية ٢٣٣] ومما أتى به القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، فإن لفظ النفقة يطلق على الغذاء والكسوة والمسكن، كما يشمل بمعناه العام أيضاً مصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضى به المشرع كمصاريف الولادة والمواصلات وهكذا[١].

١- أشرف مصطفى كمال، المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية، ص ٤/ طبعة ١٩٨٧.

الثانى: أن هذا الإعفاء من الرسوم، ليس قاصراً على درجة دون غيرها من درجات التقاضى، فهو سارى المفعول أمام المحكمة الجزئية، أو المحكمة الابتدائية أو الاستئناف، حيث إن هذه المحاكم جميعاً تتطلب الرسوم القضائية فى دعاوى النفقة، فجاء الإعفاء شاملاً لها جميعاً للتخفيف عن كاهل طالبى وطالبات النفقات اللائى أو الذين يفتقدون المقومات الضرورية للحياة.

المادة (٤)

يكون للمحكمة فى إطار تهيئة الدعوى للحكم – تبصرة الخصوم فى مواجهتهم بما يتطلبه حسن سير الدعوى، ومنحهم أجلاً لتقديم دفاعهم.

ولها أن تندب أخصائياً اجتماعياً أو أكثر لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة عليها أو عن مسألة فيها، وتحدد أجلاً لتقديم التقرير لا يزيد على أسبوعين.

ويتم الندب من قوائم الأخصائيين الاجتماعيين التى يصدر بها قرار من وزير العدل بناء على ترشيح وزير التأمينات والشئون الاجتماعية.

المذكرة الإيضاحية:

تقول: ثم جاء نص المادة (٤) من المشروع يحكمين مستحدثين:

يقوم أولهما: على فلسفة قوامها أن المشرع المصرى قد هجر فكرة الدور السلبى للقاضى منذ صدور قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٨، وفرق تفرقة واضحة بين "حياد القاضى" وبين "فكرة الدور الإيجابى للقاضى المدنى" حيث لا تعارض بين حياد القاضى المطلق إزاء موضوع الخصومة المطروحة عليه، وإزاء أطراف الخصومة، وبين إيجابية القاضى فى أن يوجه الدعوى إلى مسارها الصحيح، حتى يبلغ بها مرحلة الفصل فيها بالسرعة الواجبة، ولا يترك الدعوى لأهواء أطرافها أو بعض أطرافها، حيث يصح أن يكون هذا البعض صاحب مصلحة فى عدم الفصل فيها، أو تأخير الفصل وتعويقه.

وهذا الاتجاه الذى تبناه المشرع المصرى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، تمثل فى أحكام عديدة، منها تخويل المحكمة سلطة إدخال خصوم فى الدعوى ترى وجها لوجوب إدخالهم، وتخويلها الحق فى إلزام خصم بتقديم ما تحت يده من مستندات.

اعتنق مشروع القانون الماثل هذا الاتجاه، وجد أن الدور الإيجابى للقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية هو أدعى وأوجب، لما تقتضيه طبيعة هذه المسائل من ضرورة رد كيد الكائد، ودفع مماطلة المماطل، فضلا عن أن أصحاب الشأن فيها يكثر فيهم من يرق حاله، أو يتسم بالضعف الاجتماعى أو الاقتصادى، بحيث يكون من العدل عدم تركه يقطع مشوارا طويلا فى التقاضى، ثم يفاجأ بضرورة أن يبدأ مشواره من جديد كأثر لخطأ فنى بحت يمكن تداركه فى مرحلة مبكرة من نظر الدعوى، وحيث تظل حيدة القاضى متحققة، بأن تكون تبصرته للمتقاضين فى مواجهتهم جميعا، على أن يمنحهم الأجل اللازم لتقديم دفاعهم بناء على هذه التبصرة.

وبناء على ذلك، فقد أجاز القانون للقاضى أن يبصر المتقاضين بما يراه محققاً لحسن سير الدعوى، حتى يمكن تصحيح مسارها فى توقيت يجرى به تجنب إضاعة الوقت فى أمور كان يمكن تجنبها.

أما الحكم الثانى المستحدث، فهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة، حيث أجازت ندب أخصائى اجتماعى أو أكثر، لتقديم تقرير عن الحالة المعروضة أو مسألة فيها، وقد قصد بهذا النص فتح الباب لأن تكون الدراسة الاجتماعية عنصراً من عناصر تحقيق العدالة.

فمن الجدير أن تلم المحكمة بظروف حياة الزوجين فـي دعـاوى التطليق، وبمكانة كل منهما الاجتماعية، كذلك الأمر فى دعـاوى النفقـة والحضانـة والرؤيـة، إذ سيكون أدعـى لبلـوغ الحقيقـة معرفـة المسـتوى الاجتماعى للأسرة والأبناء، والمدارس التى يدرس فيها الصغـار ومسـتوى نجاحهم فيها، وكذا ظـروف حياتـهم العمليـة والاجتماعيـة، بـأن يقـوم الأخصـائى بـالتعرف علـى هـذه الأحـوال عـن طريـق جمـع المعلومـات الصحيحة المبنية على الواقع من الأهل والجيران والأصدقاء والزملاء.

وقـد وضـع النـص تنظيمـا خاصـا بكيفيـة تعيـين الأخصـائيين الاجتماعيين الذين يجوز للمحكمة الندب من بينهم، بأن يكون ذلك مـن قوائم الأخصائيين الاجتماعيين، التى يصدر بها قرار مـن وزيـر العـدل، بناء على ترشيح وزير الشئون الاجتماعية.

ويلتزم الأخصائى الاجتماعى بـأن يقـدم تقريـره الـذى يسـتقيه مـن أرض الواقع، وبناء على بحث وتقص ميدانى، يسبر فيه أغوار الحقيقـة فى موعد لا يتجاوز أسبوعين، لكى يقف القـاضى علـى حقيقـة الواقعـة المعروضة، ويبنيها على عناصر موضوعية واقعية قانونية.

التعليق

هذا التقرير من الأهمية بمكان، مـن أجـل الوقـوف علـى حقيقـة وقائع الدعوى المعروضة علـى المحكمـة، وهـذا يتـم مـن خـلال اسـتقراء الواقع، وبحث ظروف أطـراف الخصومـة، وفحـص وتمحيـص أسـبابها وتداعياتها والعوامل المتعلقة بها، على أساس دراسة ميدانية واقعيـة، لا مكتبية أو روتينية، تنتقل إلى موقع المشكلة، وتتوخى تقصـى حقائقـها، والتحرى عن ملابساتها، من خلال مقابلة الأفراد الذين يمثلون أطرافها،

والتعمق فى فهم معطياته وتحليل دلالاته، وهو ما يجعل الأخصائى يقدم تقريره عن علم واقعى ودراية ومران.

والسبيل الذى تسلكه هـذه الدراسـة التـى يقـوم بـها الأخصـائى الاجتماعى، ليقدمها إلى المحكمة ولتسترشد بها فى إصدار حكمها طبقـاً للقاعدة الأصولية الحكم على الشيء فرع عن تصوره، وهو ما ينبغى معـه على الأخصائى أن يكـون محيطـاً بطبيعـة الدعـوى، وأحـوال المتداعـين فيها، وظروف نشأة الخصومة، والعوامل المسببة لها، وتشخيص الواقـع برمته، وفقاً للآتى:

١- تقصى أثر العوامل الدينية فى تحقيق مقاصد الزواج، وبنـاء الأسـرة على أساس من المودة والرحمة، ودرجة الالتزام الدينـى مـن جـانب كل من الزوجين.

٢- الوقوف على الحقائق الاجتماعية بالمفهوم الشامل من حيـث نـوع التعليـم والثقافـة، والحالـة الصحيـة والإنجابيـة، ومـدى التوافـق والانسجام العائلى بين المتقاضين، وطريقة المعاشرة بـين الزوجـين، وعلاقات الزوجين بالأهل والأقارب والجيران، والبيئة التى يعيشان فيها.

٣- التعرف على الحالة الاقتصادية وظـروف الأسـرة مـن حيـث الغنـى والفقـر، وكيفيـة الإنفـاق مـن جـانب الـزوج علـى زوجتـه وأولاده، وظروف العمل وتأثيره على العلاقة الأسرية — إن كانت الزوجة من العاملات — وغيرها مـن الأحـوال التـى تجعـل التقريـر المقـدم مـن الأخصائى صورة واقعية صادقـة وأمينـة لأوضـاع المنازعـة المعروضـة على المحكمة.

المادة (٥)

للمحكمة أن تقرر نظر المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية — مراعاة لاعتبارات النظام العام أو الآداب العامة — فى غرفة المشورة وبحضور أحد أعضاء النيابة العامة متى كانت ممثلة فى الدعوى، وتنطق بالأحكام والقرارات فى جلسة علنية.

المذكرة الإيضاحية:

قالت المذكرة: أما حكم المادة (٥) فقد قامت على تحقيق التوازن بين مراعاة الطبيعة الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية، وتعلقها بأمور عائلية، حيث تثار فيها من المسائل ما لا يجوز أن تلوكه ألسن الغرباء عنها، كما أن العلانية قد تحول وأن يذكر صاحب الشأن ما يريد البوح به للمحكمة، فتضيع الحقيقة تحت وطأة الخجل، وبين أحكام الدستور التى تجعل الأصل فى عقد الجلسات هو العلانية، ما لم تقرر المحكمة عقدها فى جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب.

وأخذاً بهذا النظر، فقد نصت المادة الخامسة على جواز نظر جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية فى جلسة سرية مراعاة للنظام العام أو الآداب، وبحضور أحد أعضاء النيابة العامة، متى كانت ممثلة فى الدعوى، بما يصح معه عقد الجلسة فى سرية أو علانية، أمراً تقدره وتقرره المحكمة.

وحتى تنسجم قواعد هذا القانون مع الدستور، ومع أحكام قانون المرافعات، فقد حرص المشرع فى جميع الأحوال، على أن يكون النطق بالأحكام والقرارات القطعية فى علانية.

شـرح المـادة

ما ورد فـى المـادة (٥) مـن القـانون، بشـأن نظـر المحكمـة لقضايـا الأحوال الشخصية فى غرفة المشورة، مـع النطـق بالأحكـام أو القـرارات فى جلسة علنية، هو محاولة للتوفيق بين المبدأ العــام الـذى نـص عليـه قانون المرافعات من جعل الجلسات والمرافعة علنية، وذلك بمقتضى المادة ١٠١، وبـين خصوصيـة مسـائل الأحـوال الشـخصية، ومـا تتضمنـه مـن حرمات للأسرة، وسرية العلاقات الزوجية، والإبقاء علـى عـدم الإفضـاء بما يحدث داخل البيوت، وحصر النزاع فى أضيق نطاق ممكن، مـن أن تلوكه الألسن، وأن تتناقله الأحاديث فى دهاليز المحكمة وبين ردهاتـها إلى خارج الحكمة بكـل مـا ينجـم عنـه مـن تداعيـات وعواقـب وخيمـة تعصف بكيان الأسرة كلها، والمرجع فى اعتبار الجلسة سرية أو علنيـة، هو محضر الجلسة، فيؤخذ بما ثبت به، حيث إن المحضر ورقة رسمية يحتج بها.

والواقع أن ما أتى به القانون فى هذا الصدد لا يتعـارض ألبتـة مـع نص المادة ١٠١ مرافعـات بقولهـا: "تكـون المرافعـة علنيـة، إلا إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها، أو بنـاء علـى طلـب الخصـوم إجراءهـا سـراً، محافظة على النظام العام أو إعادة الآداب أو لحرمة الأسرة".

وعلى ذلك، تكون المحكمة مقيدة بنظر قضايـا الأحـوال الشـخصية فـى غرفـة المشـورة، بمعنـى أن تكـون سـرية، والواقـع أن المـادة (٥) لم توجب ذلك عبثاً أو تزيداً وإنما قصـد بـهذا القيـد المصلحـة العامـة، ولا يعكـر صفـو ذلـك أن يقـال إن هـذه القضايـا تمثـل مصـالح خاصـة؛ لأن للمجتمع مصلحة عامة فى رعاية حرمات الأسرة، ابتناءً على أن الأسـرة هى الوحدة الأساسية للمجتمع، وأفرادها لبناته المكونة له، وعلى ذلك لا

يمكن التسليم بأنه لا تثريب على المحكمة على الإطلاق إذا هي نظرت الدعوى في علانية، حتى ولو أوجب عليها القانون نظرها في غرفة المشورة (سرية) وإنما يمكن القول في هذه الحالة بأن للخصم الذي أضربه هذا الإجراء المخالف للقانون أن يخاصم المحكمة من أجله إذا ما توفرت شروط دعوى المخاصمة، وأن يرجع عليها بالتعويض تبعاً لذلك، إن كان له وجه[1].

تطبيقات قضائية

فقد قضي بأن: المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، يتعين نظرها في غير علانية، على أن يصدر الحكم فيها علناً، وذلك إعمالاً لنص المادتين ٨٧١، ٨٧٨ من قانون المرافعات.

ومؤدى هذا أن يكون نظر هذه الدعاوى في جلسات سرية، لما كان ذلك وكان البين من محاضر جلسات محكمة أول درجة، أن الجلسة الأولى فيها عقدت في غرفة مشورة، وأن الجلسات التالية عدا جلسة ... التي تداولتها الدعوى خلت مما يفيد انعقادها في علانية، وكان البين من محاضر جلسات محكمة ثاني درجة، أنها عدا محضر الجلسة الأولى، خلت مما يفيد انعقادها في علانية، مما مفاده أن الدعوى نظرت سواء أمام محكمة أول درجة أو ثاني درجة في غرفة مشورة بما يتحقق معه السرية المطلوبة في نظرها، ولا يخل بهذه السرية انعقاد جلسة ... أمام محكمة أول درجة، والجلسة الأولى أمام محكمة ثاني درجة في علانية إذا لم تدر فيها مرافعة في موضوع الدعوى، ولم يطلب في أي منها طلبات فيها.

---

[1]- محمد العشماوي، وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، جـ ٣، ص ٥٧.

الطعن رقم ١٤٦ لسنة ٦٠ ق "أحوال شخصية، جلسة ١٩٩١/١/٢٢".

وقضى بأنه : ليس فى نصوص القانون ما يلزم المحكمة بأن تذكر الأسباب التى دعتها إلى نظر الدعوى فى غير علانية، فإذا لم تذكرها المحكمة، فلا يمكن أن ينسب إليها مخالفة القانون، متى كانت تلك الأسباب مستفادة من ظروف الدعوى، وبالتالى لا يكون ذلك وجهاً موجباً لنقض الحكم.

نقض ١٧ أكتوبر سنة ١٩٢٩، مرجع القضاء ٧٦٤٣

المادة (٦)

مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى فى مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليه فى القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٦، للنيابة العامة رفع الدعوى ابتداء فى مسائل الأحوال الشخصية، إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، كما يجوز لها أن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية.

وعلى النيابة العامة أن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلا كان الحكم باطلا.

المذكرة الإيضاحية:

تقول المذكرة: أما المادة (٦) فقد أجازت للنيابة العامة رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، ثم جعلت تدخلها أمام المحاكم الجزئية جوازيا، وأمام المحاكم الابتدائية والاستئناف العالى وجوبيا، وإلا كان الحكم باطلا.

وهذا الحكم الأخير مستقى من حكم المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥، والمواد ٨٧، ٨٨، ٨٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

تدخل النيابة العامة فى نصوص قانون المرافعات

نص قانون المرافعات على حالات تدخل النيابة العامة فى الدعاوى، نجتزئ منها ما يعد مصدرا للمادة السادسة من القانون موضع الدراسة.

م ٨٧: للنيابة العامة رفع الدعوى فى الحالات التى ينص عليها القانون، ويكون لها فى هذه الحالات ما للخصوم من حقوق.

م ٨٨: فيما عدا الدعاوى المستعجلة، يجب على النيابة أن تتدخل فى الحالات الآتية، وإلا كان الحكم باطلا:

١- الدعاوى التى يجوز لها أن ترفعها بنفسها.

٢- الطعون والطلبات أمام محكمة النقض ومحكمة تنازع الاختصاص.

٣- كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها.

م ٨٩: فيما عدا الدعاوى المستعجلة، يجوز للنيابة العامة، أن تتدخل فى الحالات الآتية:

١- الدعاوى الخاصة بعديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين.

٢- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر.

٣- عدم الاختصاص لانتفاء ولاية جهة القضاء.

٤- دعاوى رد القضاة وأعضاء النيابة ومخاصمتهم.

٥- الصلح الواقى من الإفلاس.

٦- الدعاوى التى ترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب.

٧- كل حالة أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها.

شرح المادة

راعى القانون، اتساقاً مع المنصوص عليه فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ومع قانون الحسبة رقم ٣ لسنة ١٩٩٦، أن يعهد للنيابة العامة بالتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية، الذى يتخذ صوراً ثلاثة:

١- المبادرة إلى رفع الدعوى، إذا كان فيها ما يمس النظام العام أو الآداب، بقصد حماية النظام العام أو قيم المجتمع وآدابه، للحفاظ على مقومات المجتمع وأسس النظام والآداب فيه.

٢- جواز التدخل فى الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الجزئية، إذا وجد ثمة مسوغ لهذا التدخل، بما لها من سلطة تقديرية.

٣- وجوب التدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف، المنظورة أمام المحاكم الابتدائية، ومحاكم الاستئناف، فإذا لم تتدخل فى هذه الدعاوى، كان الحكم باطلاً، وإنما كان الجزاء البطلان، لما تثيره الدعاوى المعروضة على هذه المحاكم من قضايا قانونية عميقة، تستدعى إبداء الرأى فيها، والمشاركة فى نظرها، وحتى يكون أعضاء النيابة على تمرس بطبيعة هذه الدعاوى، ويصقلون معارفهم القانونية، ويثرونها بهذا التدخل، ليكونوا على دراية ومعرفة عندما يتقلدون القضاء ويوكل إليهم الفصل فى مثل هذه الدعاوى، فضلاً عن أن النيابة العامة أمينة على المصلحة العامة — مصلحة مجموع الأسر — وموكلة فى الدفاع عن حق المجتمع.

وبموجب ما نصت عليه المادة (٦) من القانون، يحق للنيابة العامة أن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية، إما بصفتها طرفاً

أصلياً، وإما بصفتها طرفاً منضماً وتحقق لهـا الصفـة الأولى إذا مـا قـامت برفع الدعوى ابتداءً عند تعلق دعاوى الأحوال الشخصية بالنظام العام أو الآداب، كمـا تتمتـع بالصفـة الثانيـة بكونـها طرفـاً منضمـاً فـى دعـاوى الأحوال الشخصية والوقوف أمام المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، ويتعين عليها هذا التدخل، وإلا كان الحكم بـاطلاً، كمـا يجـوز لهـا أن تتدخل انضمامياً فى دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزئية.

وتثبت للنيابة التدخل بهاتين الصفتين كطـرف أصلـى أو طـرف منضم فى الدعاوى المدنية، والأصل فى وظيفة النيابة العامة أمام جهات القضاء المدنى أن تكون طرفاً منظماً، وهى بـهذه المثابـة لا تكـون خصمـاً لأحد وإنما تدعى لتبدى رأيها لمصلحة القانون والعدالة.

على أن النيابة العامة قد تكون مع ذلك طرفاً أصلياً أمـام القضـاء المدنى وذلك إذا ما أعطاها القانون الحق فى إقامة الدعوى بصفة أصلية، سـواء أكـانت هـذه الدعـوى مدنيـة أم تجاريـة أم مـن دعـاوى الأحـوال الشخصية، وتكون النيابـة فـى هـذه الحالـة بمثابـة خصـم حقيقـى فـى الدعوى، فيكون لها ما للخصوم من حق إبداء الدفوع والطلبات، ويكـون لخصمها أن يعقب عليها مادامت هى المدعية[1].

تطبيقات قضائية:

فقد قضى "ومع ذلك فقد سـبق لمحكمـة النقـض أن قضـت بـأن سماع رأى النيابة فى الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية، وإثبات هذا الرأى ضمن بيانات الحكم هو من الإجـراءات الجوهريـة، التـى يـترتب

---

(1) محمد العشماوى، وعبد الوهاب العشماوى، المرجع السابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

على إغفالها البطلان، حتى ولو كانت الدعوى قد رفعت أصلاً بوصفها دعوى مدنية، وأثيرت فيها مسألة أولية تتعلق بالأحوال الشخصية".

الطعن رقم ١٢ لسنة ٢٥ ق، جلسة ١٩٥٩/١/١٥.

وقضت المحكمة بأن: "تدخل النيابة العامة وجوبياً فى قضايا الوقف، مناطه تعلق النزاع بأصل الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتغيير شروطه أو بالولاية عليه"، تدخلها فى غير ذلك جوازى، المادتان ٣/٨٨، ٢/٨٩ مرافعات.

الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٥١ ق ، جلسة ١٩٨٥/٣/٢١

وحكمت كذلك بأنه: كلما كان النزاع متعلقاً بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت وفق الفقرة الأولى من المادة ١٦ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء، مما كانت تختص به المحاكم الشرعية، وأصبح الاختصاص بنظره للمحاكم عملاً بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الصادر بإلغاء تلك المحاكم، فإن تدخل النيابة يكون واجباً عند نظر هذا النزاع عملاً بالمادة ٢/١ من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥، وإلا كان الحكم الصادر فيه باطلاً دون تفرقة بين ما إذا كانت الدعوى أصلاً من دعاوى الوقف أو كانت قد رفعت باعتبارها دعوى مدنية، وأثبت فيها مسألة متعلقة بالوقف، وإذا كان ما قرره الحكم المطعون فيه من انحسار صفة الوقف عن أرض النزاع، إنما ينطوى على تفسير نية الواقف وتعرف لمقصوده، وبيان مدى قيام حق الواقف فى الرجوع فى وقفه، طبقاً للمادة ١١ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وهى مسائل تتعلق جميعها بالوقف من حيث إنشائه وشرائطه وتستوجب الخوض فى

تفسير عبارات كتاب الوقف، وفى توافر شروط الرجوع عن الوقف من الواقف أم أن الوقف ملزم له، وإذ كان ذلك، فإنه يتعين تدخل النيابة فى الدعوى لإبداء رأيها فيها، حتى ولو كانت منظورة أمام الدائرة المدنية.

الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ١٩٣٥ ق، جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣

وقضت بأنه: أما المنازعة فى ملكية جهة وقف لعقار معين، ليست من المسائل المتعلقة بأصل الوقف، مؤداه عدم لزوم تدخل النيابة العامة.

الطعن رقم ٣٧ لسنة ٥١ ق، جلسة ١٩٨٦/٦/٢٦.

وقضت بأن : تفويض النيابة العامة الرأى للمحكمة بعد تقديم طرفا الخصومة أدلة الثبوت والنفى، اعتباره إبداء للرأى بتفويض المحكمة فى تقدير الأدلةوالترجيح بينها".

الطعن ٦٣/٣٥٨ ق، فى ١٩٩٧/١١/١٠

المادة (٧)

لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به، بعد وفاة المورث، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى، وعليها إمضاؤه، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء.

وكان نص الصياغة السابقة للمادة قبل الصياغة الحالية يقول:

لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به، بعد وفات المورث، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو توافرت أدلة قطعية تدل على صحة الإدعاء.

المذكرة الإيضاحية:

قالت إن ما نصت عليه المادة (٧) من المشروع على أنه عند الإنكار لا تقبل دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به، بعد وفاة المورث، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو توفرت أدلة قطعية تدل على صحة ذلك، وهذه المادة تقابل المادة (٩٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والتى كانت تشمل فى نفس التنظيم دعوى الوصية أو الإيصاء والرجوع عنها، ودعوى العتق، وقد تضمن النص فى المشروع دعوى الوصية؛ لأن المادة (٢) من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، قد تناولت شروط قبولها بالتنظيم، كما استبعد دعوى العتق بحسبان انتهاء نظام الرقيق إطلاقاً، وأبقى على دعوى النسب وحدها، بعد أن أدخل تعديلين:

أولهما: هو استبعاد التفرقة التى كان يجريها النص السابق بين الحوادث السابقة على سنة ١٩١١، والحوادث الواقعة من سنة ١٩١١، وما بعدها وذلك لتقادم العهد بهذا التاريخ من جانب، ولأنه ليست هناك علة واضحة الآن فى هذه التفرقة.

وخاصة مع إدخال التعديل الثانى على النص، بجعل المناط فى جميع الأحوال لقبول الدعوى، هو وجود أوراق رسمية، أو أدلة رسمية، تدل على صحة الإقرار أو الشهادة عليه.

وكان النص القائم يجعل المناط فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ هو وجود أوراق خالية من شبهة التصنع، تدل على صحة الدعوى، وفى الحوادث من سنة ١٩١١ وما بعدها وجود أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه.

فقـه النص

بادئ ذى بدء، ينبغى أن نقرر أن الشريعة الإسلامية تحتاط لإثبات النسب وتحميله على الغير، وذلك لأنها شديدة الحرص على نسبة الطفل إلى أبيه، وصحة الأنساب وأن يدعى الإنسان إلى أبيه الحقيقى، وتوعدت كل من يتورط فى تحميل النسب على الغير بغير موجب ولا وجه حق، لابتناء مجتمعها على الطهارة والعفاف والفضيلة وموقفها من كل ألوان النسب المزعوم والمدعى صريح فى الرفض والإدانة، وها هى المؤيدات الشرعية على ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: آية ٥] ودلالة النص على حتمية نسبة الولد إلى أبيه صريحة، لا تحتاج إلى تفسير أو تأويل،

ومقتضاه أن كل صنيع يخالف النسب الحقيقى، هو ظلم وزور وبهتان، ينأى عنه المسلم.

٢- عن سعد بن أبى وقاص قال: قال رسول الله ﷺ :(من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام) رواه البخارى ومسلم وأبو داوود وابن ماجة.

٣- عن أبى ذر أنه سمع رسول الله ﷺ يقول : (ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلم إلا كفر، ومن ادعى ما ليس له فليس منا، وليتبوأ مقعده من النار، ومن دعا رجلا بالكفر أو قال عدو الله وليس كذلك، إلا جار عليه)، ومعنى جار رجع عليه، رواه البخارى ومسلم.

٤- حديث الرسول ﷺ : (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[1] ويقينا فأن وهذا التحوط لسلامة إثبات النسب، والتدقيق فيه، إلى الحد الذى يوصم المدعى فيه، الذى لا حق له فيه بالكفر، والعقوبة الشديدة، مظهر على التشدد فى إثبات النسب، والدقة المتناهية فى نسبة الطفل إلى أبيه، فحرام على الإنسان أن يتردى فى الظلم والزور والتدليس والكذب، ويدخل على من حمل عليه النسب من ليس منه غشا وبهتانا.

وكما تشدد الإسلام فى صحة إثبات النسب، فإنه حرص فى ذات الوقت على إثبات النسب، وانتماء الطفل إلى أبيه، وأن هذا الإثبات هو أمر طبيعى، وحقيقة شرعية، وهو مقصود الولد للفراش،

---

[1]- الفراش اسم للمرأة، وقد يعبر به عن حالة الافتراش، ومعنى للعاهر الحجر، أن للزانى الخيبة والحرمان، وقيل له الرمى بالحجارة، والحديث عام، سبل الاسلام، جـ ٣، ص ٢٧٧، ٢٨٠.

فمادامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين، فالشأن فيها ثبوت نسب الطفل فيها إلى الزوج، إذ العلاقة الزوجية الصحيحة بذاتها آية النسب دليل عليه، لا تفتقر إلى دليل آخر، ولا تتطلب البينة لإثبات النسب فيها، لذلك فإن الأزواج فى ظل هذه العلاقة محرم عليهم إنكار ثمرة هذه العلاقة والتشكيك فى النسب، أو التخلى عن بنوة أطفالهم؛ لأن الشريعة ضد حالات انعدام النسب أو الجهالة فيها.

وتبعا لذلك، جاءت القاعدة الفقهية: أن النسب يحتال فى إثباته ما أمكن صونا للصغير من الضياع، وحفظا للأعراض.

وتظل هذه القاعدة مضطردة، لا يجوز الإخلال بها ولا الخروج عليها، إلا لدليل دافع وحجة ساطعة، بإثبات الزنا على الزوجة، أو باللجوء إلى الطريق المرسوم فى نفى النسب بواسطة اللعان.

وبمقتضى المبدأ الشرعى، الذى يؤسس النسب على قيام العلاقة الزوجية الصحيحة بين الزوجين، فإن الإقرار بالنسب من جانب الزوج يكون هو الأصل، والمفترض فيه ذلك استصحابا للحال، سواء اتخذ هذا الإقرار شكلا صريحا أم ضمنيا، وسواء قام بعمل إيجابى لإثباته لدى الجهات الرسمية، أم لم يقم به، كما لو قامت الأم بالإبلاغ عنه، أو قيده بالقيد العائلى فى السجل المدنى مثلا، فهذا الإقرار بإثبات نسب الطفل منه قائم موجود، لا يجوز إنكاره أو العدول عنه.

وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه: متى أقر المنسوب إليه بالنسب امتنع عنه معاودة إنكار نسبه إليه، إعمالا لمبدأ "ألا إنكار بعد الإقرار" فإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار فلا يلتفت إليهم؛ لأن

النسب يكون قد ثبت باعتراف المقر، وفيه تحميل النسب على نفسه، وهو أدرى من غيره بالنسب، فيرجح قوله على قول غيره[1].

أما إذا كان ثبوت نسب الطفل محل نزاع من جانب الزوج، فإننا نكون بصدد إنكار لا إقرار، ومن ثم فإن ثبوت نسب الطفل فى هذه الحالة من الزواج المنكر، إذا ادعت به الزوجة لا يكون إلا تبعا لإقرار صريح من الزوج أو من يوكله وكالة خاصة لهذا الغرض.

فقد قضت محكمة النقض بأنه: يتعين أن يصدر الإقرار من الأب شخصيا، فلا يجوز الإقرار من وكيله إلا بوكالة خاصة، إلا أن قيام الوكيل وكالة لا تنطوى على حق الإقرار بالإقرار بالنسب فى حضرة الأب يعد إقرارا صحيحا، يحاج به الأب طالما لم يجحده[2].

سند المادة فى تحميل النسب على الغير:

تناولت المادة ٧ من القانون، حالة إنكار النسب لشخص فى حالة وفاة من نسب إليه هذا الشخص، وثمة دعوى بالإقرار بالنسب على الغير المتوفى، أو توجد شهادة على وجود إقرار بهذا النسب بنسبة الشخص إلى المتوفى، وتوصيف الحالة التى نصت عليها المادة، تتجلى فى نفى نسب الشخص المدعى إلى المتوفى، ووجود منازعة فى هذا النسب لكن ثمة إدعاء بالإقرار بالنسب، أو شهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث وعندئذ فنحن بصدد دعوى نسب فرعية، سعى فيها القانون إلى التوفيق وإجراء التوازن بين القاعدتين المشار إليهما سلفا وهما التحوط

---

[1]- حكم محكمة استئناف القاهرة، استئناف رقم ٤٤ لسنة ١٠١ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٧.

[2]- الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٥ قضائية، جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧.

فى إثبات النسب، ومنع التزوير فيه، والاحتيال ما أمكن لإثباته، صونا للولد من الضياع، وعملا بذلك اشترط لثبوت النسب طرقا معينة:

- أن توجد أوراق رسمية صادرة عن جهة رسمية تثبت نسب الشخص المدعى إلى المتوفى، كمكاتب السجل المدنى أو الشهر العقارى.

- أن توجد أوراق مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها توقيعه تدل على ثبوت نسب الشخص المدعى إلى المتوفى؛ لأن صدور مثل هذه الأوراق يعد بمثابة الدليل الذى يرجح نسبة المدعى إلى المتوفى.

- أن توجد أدلة قطعية حازمة تدل على صحة إثبات نسب الشخص إلى المتوفى، وهذه الأدلة ينبغى أن تكون قاطعة فى دلالتها على إثبات نسب الشخص المتوفى، وأن تكون جازمة حاسمة فى الدلالة على هذا النسب، تنأى عن الاحتمالات والتفسيرات الدالة على عدم ثبوت النسب. وتتسم هذه الأدلة القاطعة الحازمة بكونها غير محددة ولا محصورة فى دليل بعينه، ومن ثم فإنها تقبل التعدد بما يكشف عنه العلم الحديث، وبما تتفتق عنه قريحة وأذهان المدعين بتحميل النسب على المتوفى، لذلك كان من الحرى تحديد ماهية الأدلة القطعية الحازمة. أو إيراد أمثلة عليها.

وينبغى أن يؤخذ فى الاعتبار أن هذه الطرق التى أوردها المشرع، تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، التى بمقتضاها تعمل هذه السلطة بما يتفق وخطورة تحميل النسب على الغير، مع ما قد يترتب عليه من إضافة نسب شخص إلى المتوفى الذى لا يستطيع لإنكار هذا النسب دفعاً، بجانب ما قد يكون طالب إثبات النسب إلى المتوفى مدفوعاً إليه

من الحصول على حقوق البنوة المادية والمعنوية، من جراء ثبوت نسبه إليه، فقد يكون المتوفى موسراً شديد الثراء، وصاحب مكانة فى الهيئة الاجتماعية مما قد يغرى الإدعاء بإثبات النسب منه، وتحميله عليه، وهو ما يوجب على المحكمة التدقيق فى إصدار أحكام ثبوت النسب طبقاً لهذه المادة، ويفرض عليها تحقيق القضية من كافة جوانبها وتمحيص الدفوع التى تثار فى هذا الصدد بالتزوير أو غيرها.

ويضحى التشدد فى قبول نسبة الشخص المدعى إلى المتوفى متعيناً فى حالات الأوراق المكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، وكذلك الأدلة القاطعة الجازمة، لما كشف عنه العلم التقنى الحديث من وسائل لإتقان التزوير والتقليد والتزييف، وغيرها من أشكال الخداع التى يلجأ إليها المدعون سعياً لإثبات نسب غير صحيح إلى المتوفى.

ومن ناحية أخرى، فإنه قد يوجد من الأدلة القاطعة التى يكشف عنها العلم، ما يؤكد ثبوت النسب، بما لا يجوز إهدارها أو تجاهلها، كما هو الشأن فى إثبات النسب بالبصمة الوراثية، فقد قرر المؤتمر العلمى الذى عقدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت جواز شرعية البصمة الوراثية فى إثبات النسب؛ لأنها من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ فى التحقق من الأبوة البيولوجية، ولاسيما فى مجال الطب الشرعى، وأوصى المؤتمر باعتبار البصمة الوراثية من القرائن القوية التى يمكن أن يؤخذ بها فى غير قضايا الحدود الشرعية، وأن يؤخذ بها فى حالة تنازع اثنين فى أبوة طفل، وكذلك استحقاق مجهول النسب للأبوة، إذا تم ذلك بشروطه الشرعية، ولا يجوز للمستحق بعد ذلك أن يرجع فى إقراره، ولا عبرة بإنكار أحد من أبنائه لنسب ذلك الشخص.

تطبيقات قضائية

اتجهت محكمة النقض في هذا الصدد اتجاهاً سديداً، يتفق مع النظر الشرعى فقد اعتبرت أن حمل النسب من المدعى على الغير لا يلزم الغير إلا بموافقته، وإثبات صحة قول المدعى، وقد قررت المحكمة أن حمل النسب على الغير يكون دعوى مجردة أو شهادة مفردة، والدعوى المفردة لا تكفى للقضاء بموجبها.

ولقد تحوطت المحكمة فى قبول النسب وتحميله على الغير، وأثبتت ذلك فى حكمها عند عرض نزاع بطلب إثبات النسب عليها بقولها: إن المقرر فى قضاء هذه المحكمة، أن شهادة الميلاد بمفردها لا تعتبر حجة فى إثبات النسب، وإن كانت تعتبر قرينة عليه فقط، إذ لم يقصد بها ثبوت، وإنما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منه ووضعت له... ولأن القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله، بل يصح بالأدلة من القابلة أو الأم، فلا يعد نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر البيانات المدونة بها، ولما كان الحكم المطعون عليه، قد ورد على القرينة المستفادة من شهادة الميلاد، بأن المدعى عليه ادعى تزويرها فور تقديم الطاعنة لها، فذلك حسبه فى إهدار القرينة المستفادة منها، ويكون النعى على هذا الحكم بالقصور لا محل له، ولما تقدم يتعين رفض الطعن برمته[1].

الطعن رقم ١١ بتاريخ ٤ فبراير ١٩٧٦، دائرة الأحوال الشخصية

وقضت المحكمة بأنه: لئن كان المعول عليه فى مذهب الحنفية أن الإقرار بالنسب على غير المقر، وهو إقرار يقر به يكون فيها واسطة

---

[1]- انظر فى ذلك كتاب المؤلف الأسرة الإسلامية، القسم الثانى فى فرق الزواج، ١٤١، ١٤٢.

بين المقر له — كالإقرار بالأخوة — لا يثبت به النسب إلا بتصديق من حمل عليه النسب أو البرهنة عليه بالبينة، إذ الإقرار بالأخوة يقتضى أولاً أن المقر له ابن لأبى المقر، ويستتبع ذلك أنه أخ للمقر، إلا أن المقر يعامل بإقراره من ناحية الميراث وغيره من الحقوق التى ترجع إليه، وتنقسم التركة فى هذه الحالة على أساس الاعتداد بالإقرار تجاه المقر دون غيره من الورثة الذين لم يوافقوه على إقراره باعتبار الإقرار حجة قاصرة، وإذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الإقرار الموقع عليه من الطاعنة وبقية الورثة تضمن اعترافهم بأحقية المطعون عليها فى نصيبها من تركة المتوفى، وكان دفاع المطعون عليها يقوم أساساً على حقها فى مشاركة الطاعنة وباقى الورثة فى التركة المخلفة من المتوفى، استناداً إلى الإقرار الصادر منهم، فإن الدعوى المعروضة بالإرث بهذه المثابة تكون متعلقة بالمال.

نقض ١٩٧٦/١/٢١، ص ٢٦٤

وقضت بأن: المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن التناقض مانع من سماع الدعوى بالنسب ما لم يكن فى موضع خفاء فيكون عفواً وهو لا ينتفى إذا كان فيه تحميل للنسب على الغير كالأخوة والعمومة باعتباره غير مقصود لذاته، بل يستهدف حقاً لا يتوصل له إلا بإثبات النسب، فيكون تناقضاً فى دعوى مال، لا فى دعوى نسب.

نقض ١٩٧٥/٦/٢٥، ص ١٣٠٢، ١٩٦٢/١/١٧، ص ٧٢

وحكمت المحكمة: أن البيانات الواردة بشهادة الميلاد، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة باعتبارها من إملاء صاحب القيد لا تصلح

بمجردها لثبوت النسب وإن كانت تعد قرينة لا يمنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها.

نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤، ص ١٦٩٢

ونقض ١٩٦٧/١/٤، ص ٥٤

وقضت : الشهادة بالتسامع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – جائزة عند الحنفية فى مواضع، منها النسب، وشرطها ما يشهد به الشاهد أمراً متواتراً مشتهراً سمعه من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار، ويقع فى قلبه صدقها، أو أن يخبره به رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول.

نقض ١٩٧٥/٤/٣٠، ص ٨٦٠

حكمت المحكمة بأنه: إذا ثبت نسب المطعون عليها الأولى من المتوفى بالفراش فإنه لا يغض من ذلك ما ادعاه الطاعنون من أن المورث كان عقيماً، ففضلاً عن عدم ثبوته أمام محكمة الموضوع، فإن الفقه الحنفى – المعمول به بوصفه أصلاً ما لم ينص القانون على خلافه – يكتفى فى ثبوت النسب بالفراش بالعقد وحده، إذا كان صحيحاً، مع وضوح الدخول وإمكانه.

نقض ١٩٧٥/٢/٥، ص ٣٤٨.

وفى حكم لها تقول: من الأصول المقررة فى فقه الشريعة الإسلامية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن النسب لا يثبت سببه بالحجة؛ لأن ثبوت الحكم تنبنى على ثبوت السبب، وأنه

كما يثبت بالفراش حالة تحقق شروطه، فإنه يثبت بالإقرار به، ويثبت عند الإنكار بإقامة البينة عليه.

نقض ١٩٧٥/٢/٢٥، ص ٤٨٣.

وقضت المحكمة بأن: إقرار المتوفى ببنوة المطعون عليها الأولى، حجة ملزمة يثبت نسبها منه، وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى؛ لأن النفى يكون إنكارا بعد الإقرار ولا يسمع، ويثبت هذا النسب بمجرد إقرار الأب، وإن أنكرت الزوجة، إذ هو ألزم له دون غيره، فلا يتوقف نفاذه على تصديقها، ولا يبطله إقرارها بالبكارة بعد ميلاد البنت، ولا كون التصادق على الزواج مسندا إلى تاريخ لاحق لميلادها، كما أن إقرار الزوجة بالبكارة لا يفضى إلى إبطال حق المقر لها؛ لأنها لا تملك إبطاله.

نقض ١٩٧٢/٦/١٤، ص ١١٣٢

وقضت بأن: الأصل فى دعوى النسب أنها تسمع ولو كانت مجردة، وليست ضمن حق آخر، متى كان المدعى عليه بالنسب حيا. وليس فيها تحميل النسب على الغير.

نقض ١٩٦٦/٦/٣٠، ص ٧٧٢.

وحكمت بأن : دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالا وبالنسب وحده، بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة، يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه، مما ينبنى عليه أن اختصاص القضاء الشرعى بالنظر فى دعوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين يستتبع حتما اختصاصه بدعوى النسب، عملا بقاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع، ولا مجال للقول بفصل دعوى النسب عن دعوى

الميراث، وجعل الأولى من اختصاص القاضى، والثانية من اختصاص المجالس الملية فإن دعوى الميراث لا تكون إلا مجرد تقسيم التركة لا يقتضى الالتجاء إلى القضاء.

نقض ١٩/٦/١٩٦٣، ص ٨٤٣.

وقضت محكمة النقض أن: من الأصول المقررة عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن الولد للفراش، واختلفوا فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة أقوال إحداها: أنه أى الفراش — نفس العقد وإن لم يجتمع بها، بل لو طلقها عقيبه فى المجلس، والثانى أنه العقد مع إمكان الوطء، والثالث: أنه العقد مع الدخول المحقق لا إمكانه المشكوك فيه، وقد اختار الشارع بالمرسوم القانونى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الرأى الثانى على ما يؤدى إليه نص المادة ١٥ منه، وهذا يدل على أن المناط فيما تصير به الزوجة فراشا، إنما هو العقد مع مجرد إمكان الوطء بصرف النظر عن تحقق الدخول أو عدم تحققه.

نقض ١١/٢/١٩٧٠، ص ٢٩٠، ١٥/٣/١٩٦٧، ص ٦٥٥،

٢١/١/١٩٦٢، ص ١٤٦.

المادة (٨)

لا تقبل دعوى الوقف أو شروطه أو الإقرار به أو الاستحقاق فيه أو التصرفات الواردة عليه، ما لم يكن الوقف ثابتا بإشهاد مشهر وفقا لأحكام القانون.

ولا تقبل دعوى الوقف أو الإرث عند الإنكار متى رفعت بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك.

وإذا حكم بعزل ناظر الوقف أو ضم ناظر آخر إليه، تعين المحكمة في الحالتين بحكم واجب النفاذ ناظرا بصفة مؤقتة، إلى أن يفصل في الدعوى بحكم نهائي.

المذكرة الإيضاحية

تقول: والمادة (٨) من المشروع تقابل المواد ١٣٧، ٣٥٤، ٣٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بعد إعادة صياغتها في نص واحد، يتعلق بشروط قبول دعوى الوقف أو شروطه أو الاستحقاق فيه أو التصرفات الواردة عليه، فجعلت الشرط الجوهري اللازم لذلك، هو أن يكون الوقف ثابتا بإشهاد مشهر وفقا لأحكام القانون، فإذا كان كذلك، فلا تقبل الدعوى عند الإنكار، إذا رفعت بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة من وقت ثبوت الحق، إلا إذا قام عذر حال دون ذلك.

ثم نصت الفقرة الأخيرة من المادة على التزام المحكمة فى حالتى عزل ناظر الوقف أو ضم ناظر آخر إليه، بتعيين ناظر بصفة مؤقتة، حتى يفصل فى الدعوى بحكم نهائى.

فقه النص

الوقف شرعاً هو حبس العين على ملك الله تعالى، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر والخير العام، وهو باب عظيم من أبواب التكافل والتعاون بين أفراد المجتمع، وهو تعبير عن المشاركة الشعبية فى القيام بالمرافق العامة ومصلحة الجماعة، انطلاقاً من الوازع الدينى بغية التقرب إلى الله تعالى.

وصريح النص على شرعية الوقف، ورد فى حديث عبد الله بن عمر، قال: (أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبى ﷺ يستأمره فيها. فقال يا رسول الله: إنى أصبت أرضاً بخيبر، لم أصب مالاً قط هو أنفس عندى منه، فما تأمرنى؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب، قال: فتصدق بها عمر على الفقراء، وفى الركاب وفى سبيل الله، وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول فيه) رواه البخارى ومسلم.

وما روى عن النبى ﷺ: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له)، والوقف صدقة جارية. ومصدر مستمر لا ينقطع للخير والبر ونفع الجماعة. هكذا كان فى عصر الصحابة، والعصور التى التزمت النهج الإسلامى.

والفقه الشرعى على أنه يكفى فى شرعية الوقف ولزومه، وترتيب آثاره، توافر أركانه المتمثلة فى الصيغة ووجود شرائطه المتعلقة بالصيغة بأن تكون منجزة دالة على إنشاء الوقف، وشروط الواقف بأن يكون كامل الأهلية، وشروط فى الجهة الموقوف عليها بأن تكون فى سبيل الخير والنفع العام، بمال مملوك للواقف عقارا كان هذا المال أم منقولا[1].

ولا يكفى طبقا للمادة (٨) وجود هذه الشروط فقط، بل يضاف إليها، حسبما نصت عليه الفقرة (١) وجود إشهاد مشهر طبقا لأحكام القانون، فبدون هذا الإشهاد المشهر، لا تقبل دعوى الوقف، ولا يكون له وجود قانونا ولا تسمع به دعوى، ولا يصدر بشأنه حكم قضائى، ولا تترتب عليه آثاره، سواء فيما يتعلق بالدعوى، أو شروط الوقف أو إقرار المدعى به، أو ثبوت استحقاق لأحد فيه، كما لا يعتد بالتصرفات الواردة عليه، ذلك كله ما لم يكن الوقف ثابتا بإشهاد رسمى أمام الموظف المختص بالتوثيق الرسمى فى الشهر العقارى، أو أمام القنصل المختص بتوثيق العقود القنصلية المصرية خارج البلاد، وذلك وفقا لأحكام القانون، فإذا كان المال الموقوف عقارا، فلا تنتقل الملكية فيه إلا بالتسجيل، ذلك أن القانون لا يشترط فى جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض، والتى من شأنها إنشاء حق ملكية، أو حق عينى عقارى آخر أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شيئ من ذلك، يجب إشهارها بواسطة تسجيلها، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم.

---

[1] - انظر للمؤلف بحوث فى الوصية والوقف، ١٩٨٩، ص ٢٥٤ وما بعدها.

والعلة في هذه الاشتراطات لصحة الوقف والاعتداد به قانوناً، أن بوجودها تسد الذريعة، وتوصد أبواب التحايل، والشهادة الزوز، فضلاً عن التناسق مع قانون التسجيل والتوثيق فى العقارات، ومحافظة على أعيان الوقف، وصوناً لها من الضياع.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأنه: متى كان النزاع – بصورته الماثلة فى الدعوى – لا ينصب على ذات الوقف من حيث إنشائه أو صحته أو الاستحقاق فيه أو تفسير شروطه أو الولاية عليه أو حصوله فى مرض الموت، بل كان من جانب المدعى دعوى بدخول العين المتنازع عليها فى الوقف المشمول بنظره – ومن جانب المدعى عليه إنكار لهذه الدعوى، وتمسكاً بدخول العين المذكورة فى الوقف المشمول بنظارته، وبتملكه لها بالتقادم القصير والطويل المكسبين – فإن الدعوى بهذا الوصف هى دعوى ملكية عين ما تختص به المحاكم المدنية بالفصل فيه – ولا يغير من هذا النظر، أن تكون المنازعة قائمة بين جهتى الوقف – ولا اعتداد أيضاً بأن يكون سبب المنازعة سابقاً على إنشاء الوقف (المدعى) أو تالياً لإنشائه – ذلك أن المحاكم المدنية، هى محاكم القانون العام، ولا يخرج عن اختصاصها، إلا ما استثنى بنص صريح.

نقض ٢٧/٢٦ ق ، ٦ى ١١/٦/٥٩.

وبهذا الحكم، أقرت المحكمة المبدأ القاضى: بأن انحصار النزاع فى ادعاء المدعى بدخول العين المتنازع عليها فى الوقف المشمول بنظره، وتمسك المدعى عليه بتبعية العين المذكورة لوقف المشمول بنظارته وبتملكه لها بالتقادم.

قضت المحكمة بأن : الحكم بتكييف الإشهاد، على أنه وقف، لا يعتبر من قبيل الأحكام التى تقرر الحالة القانونية أو تنفيها، والتى منها ما يسرى على الكافة.

نقض ٢٦/ ٣٢ ق، فى ٦٦/٣/١، س ٥٩٩/١٧

وقضت المحكمة بأن: الحكم الصادر فى تفسير شرط الواقف لا يعتبر حجة، إلا على من كان ممثلاً فيها، ولا يستفيد منه باقى المستحقين.

نقض ٣٣/ ٢٨ ق، فى ٦١/٣/٣٠، س ٣٠١/١٢

وقضت بأن علة العذر — المانع من قبول الدعوى — فى صوره المختلفة المانعة من سريان المدة، هى عدم التمكن من رفع الدعوى، إن حقيقة أو حكماً.

وقضت بأن: المدار فى العذر أن يكون مشروعاً ومانعاً للمدعى من رفع الدعوى، وتقديره وكونه مانعاً أو غير مانع متروك لفطنة القاضى.

طعن رقم ١٢/ ٣٨ ق، س ٢٣، ص ٧٣٠.

ومن قبيل الأعذار التى تحول دون التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها مضى ثلاث وثلاثين سنة:

- غياب المدعى غيبة طويلة أو متصلة تحول بينه وبين رفع الدعوى.

- أن يقوم به عارض من عوارض الأهلية كصغر أو جنون يمنعه من إدراك حقه أو المطالبة به.

الباب الثانى
اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية

الفصل الأول
الاختصاص النوعى

المادة (٩)

تختص المحاكم الجزئية، بنظر المسائل الواردة بهذه المادة وبمراعاة أحكام المادة (٥٢) من هذا القانون، يكون حكمها فى الدعاوى قابلاً للطعن بالاستئناف، ما لم ينص القانون على نهائيته، وذلك كله على الوجه التالى:

أولاً- المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:

١- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.

٢- الدعاوى المتعلقة بالنفقات، وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

٣- الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها، متى كان القانون الواجب التطبيق، يقضى بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق.

٤- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها، ويكون الحكم نهائياً إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى.

٥- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق.

٦- توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً.

٧- الإذن بزواج من لا ولى له.

٨- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة، ما لم يثر بشأنها نزاع.

ثانياً - المسائل المتعلقة بالولاية على المال متى كان المطلوب حمايته، لا تتجاوز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية:

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدالهم.

٢- إثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله.

٣- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائى واستبداله.

٤- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين، والإذن للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها وفقاً لأحكام القانون، والإذن له بمزاولة التجارة وإجراء التصرفات التى يلزم القيام بها للحصول على إذن وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها.

٥- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

٦- تقدير نفقة للقاصر من ماله، والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية، وبين الوصى فيما يتعلق بالإنفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به.

٧- إعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها، وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال.

٨- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها.

٩- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب استئذان المحكمة فيها.

١٠-جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال، وفقاً لأحكام القانون، واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها، مهما تكن قيمة المال.

١١-تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله، والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية، متى كانت قيمة التركة لا تزيد على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية.

المذكرة الإيضاحية:

تقول المذكرة: تناول المشروع فى الباب الثانى بيان قواعد الاختصاص النوعى والمحلى للمحاكم فى مسائل للأحوال الشخصية، وتصرفات الأوقاف فى المواد فى (٩) إلى (١٥) وذلك على فصلين:

الأول: تناول فيه الاختصاص النوعى فى المواد من (٩) إلى (١٤).

والثاني: حدد فيه قواعد الاختصاص المحلى فى المادة (١٥).

الفصل الأول

الاختصاص النوعى

أفرد المشروع هذا الفصل لبيان قواعد الاختصاص النوعى للمحاكم فى مسائل الأحوال الشخصية — نفس ومال — وتصرفات الأوقاف فى المواد من (٩) إلى (١٤) — سواء بالنسبة للمصريين — مسلمين أو غير مسلمين — أو الأجانب، واشتملت المادة (٩) على بيان كافة المسائل التى تختص بها المحكمة الجزئية[1]، وما عداها يكون من اختصاص المحكمة الابتدائية.

فتناولت المادة التاسعة من المشروع بيان الاختصاص النوعى والقيمى للمحاكم الجزئية فى مسائل الولاية على النفس والولاية على المال، سواء الخاصة بالمصريين — مسلمين أو غير مسلمين — أو الأجانب، والتى كانت تنظمها المواد (٥، ٦، ٢٨، ٣٤٧، ٣٥٥) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، والمواد (٨٩٢، ٨٩٤، ٩١٩، ٩٣٠، ٩٣٤، ٩٣٨، ١/٩٣٩، ٩٤٢، ٩٤٧، ٩٥٠، ٩٧٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وقد أدمج المشروع أحكام تلك المواد فى نص واحد، روعى فيه تجميع مواد الولاية على النفس وتصفية التركات، ومواد الولاية على المال، وأناط الاختصاص بنظرها لمحكمة واحدة، بقصد التيسير على القاضى والمتقاضى، وإلغاء أى تفرقة بين المصريين أو الأجانب فى هذا

---

[1] - تنص م ٤٢ مرافعات: تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائياً فى الدعاوى المدنية والتجارية التى لا تجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى ألفى جنيه.

الخصوص لعدم وجود علة لها، فضلاً عما استحدثه النص من معالجة لبعض المشاكل التى كشف عنها الواقع العملى.

وقد أورد نص المادة التاسعة حصراً للحالات التى يكون فيها الحكم أو القرار الصادر من المحكمة الجزئية نهائياً، وما عداها يكون قابلاً للطعن فيه، بحسب القواعد العامة فى قانون المرافعات.

وغنى عن البيان أنه يتعين الرجوع إلى القانون الموضوعى الواجب التطبيق فى المسائل التى وردت بهذا النص، سواء ما تعلق منها بالولاية على النفس أو الولاية على المال، مع مراعاة ما نصت عليه المادة (١/١١) من القانون المدنى من أن الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم، بالنسبة للأجانب.

وبموجب هذا النص يتحدد اختصاص المحكمة الجزئية على النحو التالى:

أولاً: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس، وتناولتها ثمانى بنود.

ثانياً: المسائل المتعلقة بالولاية على المال، وتناولها إحدى عشر بنداً.

أولاً — المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:

تناول القسم الأول من المادة التاسعة، بيان مسائل الولاية على النفس التى تختص بها المحاكم الجزئية، وكانت هذه المسائل تنتظمها المواد (٥، ٦، ٢٨، ٣٤٧، ٣٥٥) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، والمواد (٨٩٢، ٨٩٤، ٩١٩،

١/٩٣٤، ١/٩٣٩، ٩٤٢، ٩٤٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، واستحدث النص بعض الأحكام الجديدة التى سيشار إليها.

وقد جاء النص مطلقاً فى بيان هذه المسائل، مما يعنى أن المحكمة الجزئية، تختص بنظرها أياً كانت قيمة الطلب، ولو جاوز نصاب الاختصاص الجزئى، ومن ناحية أخرى فقد أورد النص الحالات التى يكون فيها الحكم الصادر فى بعض هذه المسائل نهائياً لا يقبل الطعن فيه، وذلك على النحو التالى:

١- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به:

كانت المادة (٦) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تعقد الاختصاص بنظر هذه المسائل للمحكمة الجزئية بالنسبة للمصريين، حال أن نص المادتين ٩٠٢، ٩٠٣ من قانون المرافعات كان يعقد الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية التى قضت بالتطليق أو التفريق الجسمانى بالنسبة للأجانب، فألغى المشروع هذه التفرقة لعدم وجود مبرر لها، وعقد الاختصاص بنظرها — كقاعدة عامة — للمحكمة الجزئية.

ويستثنى من تلك الحالة التى نظمتها المادة (١٠) من المشروع، والتى بموجبها ينتقل الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى، إذا رفعت مثل هذه الدعوى، والتى تجلب إليها سائر الدعاوى الناشئة عن نزاع زوجى واحد.

ويرجع فى شأن الأحكام الموضوعية المنظمة لهذه الدعاوى — بالنسبة للأجانب، للقانون الأجنبى الواجب التطبيق، وبالنسبة للمصريين ما ورد بالمادة (٢٠) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والتى من أهم أحكامها.

أن حضانة الصغير لا تكون إلا للنساء، وأقصى سن لحضانة الولد هو العاشرة من عمره، وأقصى سن لحضانة البنت هو الثانية عشرة من عمرها، وببلوغ هذه السن تنتهى حضانة النساء قانوناً، ويجوز للقاضى بناء على طلب الحاضنة إبقاء الصغير أو الصغيرة فى يدها، إذا رأى أن مصلحتهما تقتضى ذلك، حتى يبلغ الصغير سن الخامسة عشر وحتى تتزوج الصغيرة، ويكون إبقاء الصغير فى هذه الحالة فى يد الحاضنة هو حفظ له وليس حضانة، فلا تستحق أجر حضانة، وسلطة القاضى فى الإبقاء جوازية مصدرها القانون، ولذلك يتعين أن يبين فى حكمه المبررات التى دعته إلى إبقاء الصغير فى يد الحاضنة، وإلا كان الحكم معيباً بالقصور.

ويجوز إسقاط حق الحضانة إذا وقع ما ينال من شخص الحاضنة أو لزواجها من أجنبى، وفى هذه الحالة يتعين ضم حضانة الصغير للتالية فى الترتيب بين الحاضنات.

ويتبع فى شأن طلب الرؤية أو التصريح بالانتقال بالصغير ما ورد بالمادة (٢٠) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والحكم الصادر فى أى من تلك الدعاوى يكون قابلاً للطعن عليه بحسب القواعد العامة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

٢- الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها:

وهى الدعاوى المنصوص عليها فى المادتين (٥، ٦) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، والمادة ٩١٩ من قانون المرافعات.

وبموجب نص المشروع تكون المحكمة الجزئية مختصة نوعياً — كقاعدة عامة — بالحكم فى كافة دعاوى النفقات والأجور والمصروفات بكافة أنواعها، وتشمل:

- طلب فرض النفقة سواء للزوجة أو الأبناء أو الأقارب.
- طلب زيادة المفروض من نفقة أو طلب إنقاصه.
- طلب الكف عن المطالبة بالنفقة.

والحكم الصادر فى أى من تلك الدعاوى — أياً كانت قيمة المطلوب الحكم به — قابل للاستئناف فى جميع الأحوال.

وقد نظمت المادتان (١، ٢) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمواد ١، ١٧، ١٨، ١٨ مكررا ثانياً من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلين بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الأحكام الموضوعية للنفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات.

ويراعى أنه وإن كانت المحكمة الجزئية هى المختصة أصلاً بالحكم فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها، إلا أنه إعمالاً للمادة (١٠) من المشروع ينتقل الاختصاص بنظرها والحكم فيها للمحكمة

الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى، فى حالة رفع أى من هذه الدعاوى، ويكون أحد أطراف الخصومة فيها خصماً فى دعوى من دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها.

٣- الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها متى كان القانون الواجب التطبيق، يقضى بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق:

يسرى حكم هذه الفقرة على الأجانب فقط، وتطبق أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق إعمالاً لنص المادة (١/١٣) من القانون المدنى، وهو قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، ما لم يكن فى تطبيقه ما يخالف النظام العام أو الآداب فى مصر (المادة ٢٨ من القانون المدنى)، أما إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فيطبق القانون المصرى وحده (المادة ١٤ من القانون المدنى).

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الطائفة من الدعاوى، كان الاختصاص بنظرها — وفقاً لنص المادة ٨٩٤ من قانون المرافعات — معقوداً لقاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوج، وكان يتم الفصل فيها بموجب أمر على عريضة، فرأى المشروع العدول عن ذلك، والأخذ بنظام الدعوى لما يحققه من عنصر المواجهة بين الخصوم، ويمكن المحكمة بالتالى من الوقوف على حقيقة النزاع ووجه الحق فى الدعوى.

٤- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها:

ورد النص على دعاوى المهر والجهاز فى المادتين (٥، ٦) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة

١٩٣١، وتطبق على المصريين المسلمين، أما الدوطة — وهى عند المسيحيين تقابل المهور عند المسلمين — فكان الخلاف حول طبيعتها وما إذا كانت من مسائل الأحوال الشخصية من عدمه، يقود إلى الخلاف حوق تحديد المحكمة المختصة بنظرها.

أما فيما يتعلق بالشبكة، فلم يكن هناك نص يعقد الاختصاص بنظرها لمحاكم الأحوال الشخصية، فعمد نص المشروع على عقد الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بهذه الدعاوى إلى المحكمة الجزئية، أياً كانت قيمة المطلوب فيها، على أن يكون الحكم الصادر فيها نهائياً، إذا كان المطلوب الحكم به لا يجاوز النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى.

واختصاص المحكمة الجزئية وفقاً لهذه الفقرة محددة بأربعة أنواع من الدعاوى، هى دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها.

أولاً — دعاوى المهر:

يقصد بالمهر ما يبذله الرجل من مال عند اقترانه بالمرأة، وقد يكون معجلاً أو يكون بعضه مؤجلاً، ويجوز أن يعقد الزواج بدون أن يكون المهر مسمى، وقد تناولت المادة (١٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الأحكام التى تطبق فى شأن المنازعة فى المهر بقولها:

إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر، فالبينة على الزوجة، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه، إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهراً لمثلها فيحكم بمهر المثل، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما.

ثانياً — دعاوى الدوطة:

مبالغ الدوطة عند المسيحيين تقابل المهور عند المسلمين، وهى تعتبر ديناً لازماً بذمة من ألزم نفسه بها كسائر الديون التى تلزم الذمة ولا يجوز اعتبارها من قبيل الهبة.

وقد ثار خلاف بشأن الدوطة، هل تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية أو لا تعتبر كذلك، وما يترتب على هذا الاعتبار أو ذلك من حيث القانون الواجب التطبيق، ومن حيث الإجراءات الواجب إتباعها فى نظر المنازعات المتعلقة بها:

كانت المحاكم المختلطة قد ذهبت إلى إخراج الدوطة من مسائل الأحوال الشخصية، ثم لم تلبث أن عدلت عن ذلك واستقر قضاؤها على هذا العدول، وقررت أن مثل هذه المسائل يحكمها القانون الشخصى، ولو كانت أموال الدوطة عقارية، وهذا فيما يتعلق بالأجانب.

أما القضاء الوطنى فذهب إلى عكس ما ذهب إليه القضاء المستقر للمحاكم المختلطة، واعتبر الدوطة مما يخرج من مسائل الأحوال الشخصية، وأنها تعتبر من قبيل العقود المدنية والتجارية التى لا تمس موضوع الزواج، وذلك فيما يتعلق بالمصريين غير المسلمين، ومن ثم قضى بعدم اختصاص محكمة الأحوال الشخصية بنظر المنازعة.

وكان يترتب على هذا الخلاف وجود تكييفان للدوطة فى التشريع المصرى، أحدهما عدها من مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب، والآخر عدم اعتبارها كذلك بالنسبة للمصريين غير المسلمين حال أن ما يقابل الدولة عند المسلمين — وهو المهر — من مسائل الأحوال الشخصية.

وحلا لهذا الخلاف، فقد أناط نص المشروع بالمحكمة الجزئية للأحوال الشخصية في الفصل في المنازعات المتعلقة بالذوطة، لعدم وجود علة للتفرقة بين المصريين المسلمين وغير المسلمين والأجانب، ولارتباط تلك المنازعات في جوهرها بمسائل الزوجية.

ثالثاً- دعاوى الجهاز:

يقصد بالجهاز ما يعد من منقولات لتأسيس مسكن الزوجية، وإذا كان المهر أو الدوطة تدفع للمساهمة في إعداد تلك المنقولات، إلا أنه كثيراً ما يحدث نزاع بشأنها إذا ما دب الخلاف بين الطرفين وتداعت روابط الزوجية، وادعى كل طرف أحقيته لها، ولا شك أن جعل الاختصاص بنظر تلك المنازعة لمحكمة – أناط بها المشروع الفصل في مسائل الأحوال الشخصية – سيحقق الهدف المرجو للوقوف على حقيقة النزاع، وبيان وجه الحق في المنازعة، خاصة وأن تلك المنازعة كثيراً ما تكون ضمن سلسلة أخرى من المنازعات المتبادلة بين الطرفين، فأناط المشروع نظرها بالمحكمة المختصة بمسائل الأحوال الشخصية، أياً كانت قيمة الجهاز محل التداعي، ويكون الحكم نهائياً إذا كانت قيمته لا تجاوز النصاب الانتهائي للمحكمة الجزئية.

رابعاً – الشبكة وما في حكمها:

يقصد بالشبكة ما يقدمه الخطيب لخطيبته من هدايا، سواء ما تعارف عليه المصريون بكلمة الشبكة أو أي هدايا أخرى تقدم خلال فترة الخطبة.

والخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخطيبين للآخر – ومنها

الشبكة — فالأصل فيها أنها لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية؛ لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها ولا يتوقف عليها، وكان لزام ذلك أن يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن عقد الزواج وما يتعلق به، ويخرج بذلك من نطاق الأحوال الشخصية، إذ تعتبر الهدايا من قبيل الهبات، ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى، وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقداً مالياً كسائر العقود، ومن ثم فالمعول عليه فى حق الخاطب فى استرداد تلك الهدايا — من الناحية الموضوعية — هو أحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة (٥٠٠) وما بعدها من القانون المدنى.

أما من الناحية الإجرائية، فقد رأى المشروع عقد الاختصاص بنظر تلك الدعوى للمحكمة الجزئية المختصة بمسائل الأحوال الشخصية، لكونها الأقدر على الفصل فيها، بعد بحث أسباب العدول عن الخطبة، وما إذا كان مرجعها للرجل أو المرأة توصلا للحكم فى الدعوى، إذ أن الخطبة هى مقدمة للزواج، وهى السبب فى تقديم هذا النوع من الهدايا، والعدول عن الخطبة هو السبب فى طلب استردادها.

والحكم الصادر فى هذه الدعوى يكون نهائياً، إذا كانت قيمة الهدايا — بما فيها الشبكة — المطالب باستردادها، لا تجاوز النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى.

٥- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق:

استحدث المشروع هذا الاختصاص لمواجهة المشاكل التى كانت تصادف البعض عند ورود بيانات غير صحيحة فى وثائق الزواج

والطلاق، إذ كان يثور بشأنها خلاف عن الجهة المناط بها إجراء التغيير والتصحيح، فنص صراحة على اختصاص المحكمة الجزئية بنظر تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق.

والقاعدة أن اللجان الإدارية للأحوال المدنية التى تشكل فى كل محافظة طبقاً للمادة ٤١ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥، والقانون رقم ١٥٨ لسنة ١٩٨٠، تختص بالفصل فى طلبات التغيير والتصحيح فى قيود الأحوال المدنية المدونة فى سجلات الواقعات والسجل المدنى، وذلك بناء على طلب من ذوى الشأن أو من النيابة العامة أو من أمين السجل المدنى.

ويخرج عن اختصاص هذه اللجان، ويدخل بالتالى فى اختصاص المحاكم العادية: طلبات التغيير والتصحيح فى الجنسية أو الديانة أو المهنة أو فى قيود الأحوال المدنية المتعلقة بالزواج أو بطلانه أو التصادق أو الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى أو إثبات النسب.

وبذلك يختص القضاء العادى بدعاوى تغيير اسم أحد الوالدين إلى اسم شخص آخر، سواء فى الوثائق أو السجلات، باعتبار أن هذه المنازعة تدور فى حقيقتها حول إثبات النسب.

كما يختص بدعاوى تغيير أو تصحيح اسم الزوج أو الزوجة وسائر بيانات وثيقة الزواج أو إشهار الطلاق أو بيانات المهنة والديانة فى أى من وثائق الأحوال المدنية وسجلاتها.

أما تصحيح الأخطاء المادية، فيخرج عن اختصاص المحاكم، إذ يختص بإجرائه بالنسبة لكافة القيود أمين السجل المدنى وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٣٦) من القانون المشار إليه.

٦- توثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعا:

عبرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى مادتها الخامسة عن ذلك الاختصاص بعبارة "بالصلح بين الخصمين أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً".

وإعمالاً للفقرة الأولى من المادة (١٨) من المشروع، تلتزم المحكمة الجزئية أو الابتدائية، فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم.

واتفاق الخصوم قد يشمل كافة أوجه المنازعات، وقد يقتصر على بعض الطلبات فيها، وقد أجاز الفقهاء الصلح أمام القضاء أثناء عرض المنازعة عليه؛ لأن فى امتداد المنازعة واللدد فيها فساد، والله لا يحب الفساد.

ويشترط لالتزام المحكمة بتوثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمامها:

١- أن يكون موضوع الصلح أو الاتفاق جائز شرعاً، فالصلح أصلاً جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وإن كانت المنازعة بين غير المسلمين يتبع ذات الأمر، إذ لا طاعة فيما يخالف شرع الله، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على إنقاص أجل العدة أو إسقاط حق الحضانة أو عدم الاعتداد بطلاق وقع وفق صحيح الشرع

والقانون، وكذلك عدم جواز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام، فلا يجوز الحكم بصحة عقد زواج المصرية بأجنبى إذا وقع الزواج مخالفاً للقانون أو بغير الطريق الذى رسمه القانون لانعقاده أو إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة بالمخالفة لأحكام المادة ٥٥١ من القانون المدنى.

٢- أن تكون المحكمة مختصة بنظر موضوع الدعوى محل الاتفاق أو التصالح المطلوب توثيقه.

٣- أن يتم الاتفاق أو التصالح أمام المحكمة أو يقره الطرفان أمامها، سواء بشخصهما أو بموجب وكيل مفوض بتفويض يبيح له ذلك.

وإعمالاً لما تقدم، فإن دور القاضى قبل اعتماد الاتفاق المقدم، يقتصر على البحث عن مدى مشروعية ما تم الاتفاق عليه، ومدى تعلق ذلك مع الخصومة المعروضة عليه والمختص بنظرها، فإذا ما استوى ذلك أمامه اعتمده وأقره ووقف عند هذا الحد.

٧- **الإذن بزواج من لا ولى له:**

ورد النص على هذه الفقرة فى المادة (٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بقولها:

الإذن بالخصومة فى غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين فى دائرة اختصاصهم، وكذا تزويج من لا ولى له من الأيتام وغيرهم، والإذن بزواج من لا ولى له من ضمن أحكام الولاية على النفس.

وقد أخذ المشروع بحكم هذه الفقرة، مع تعديل يسير فى الصياغة بإطلاق الاختصاص بالإذن لكل من لا ولى له، باعتبار أن القاضى هو ولى من لا ولى له.

٨- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ما لم يثر نزاع بشأنها:

تقابل هذه الفقرة حكم المادة (٣٥٥) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المعدل بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٠، والمادة ١/٩٣٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وكانت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تجعل الاختصاص بتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة بالنسبة للمصريين معقوداً للمحكمة الجزئية، حال أن قانون المرافعات كان يجعل الاختصاص للمحكمة الابتدائية، وذلك بالنسبة للأجانب، فألغى المشروع هذه التفرقة لعدم وجود مبرر لها، وعقد الاختصاص للمحكمة الجزئية فى جميع الأحوال.

وإعمالاً لحكم المادة ٣٥٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة ٢/٩٣٤ من قانون المرافعات، فإنه إذا ثار نزاع جدى بشأن الوراثة، كان يتعين على الطالب أن يرفع دعواه بالطريق المعتادة، فعدلت المادة (٢٤) من المشروع عن ذلك، وألزمت المحكمة الجزئية فى هذه الحالة، بإحالة الطلب إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه.

شرح المادة

يقصد بالاختصاص النوعى: توزيع القضايا بين المحاكم المختلفة التابعة للجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى.

لا شك أن ما أقدم عليه القانون، وقننه في المادة (٩) وكذا المادة (١٠) يأتي في سياق جمع الدعاوى التي تختص بنظرها المحكمة الجزئية، ليتسنى الفصل فيها أمام هذه المحكمة، وهو النظر الذى يتجه حثيثاً نحو إنشاء وبلورة محكمة الأسرة التي من شأن وجودها الإصلاح والتيسير على المتقاضين، بما يتمخض عنه من توفير للجهد والنفقات والوقت، وقد صنف المشرع في المادة (٩) هذه الدعاوى وردها إلى طبيعتها ونوعها، بأن أدراج ما يتعلق منها بالنفس والشأن الشخصى إلى الولاية على النفس، وبين ماذا كانت تتعلق بالمال والثروة والقيام على إدارته وحفظه، فأدخلها ضمن الولاية على المال.

من قبيل الدعاوى المتعلقة بالولاية على النفس **١- مسألة حضانة الصغير وحفظه**، باعتبارها من ألزم السبل لحماية الصغير، وشموله بالرعاية في كنف من هي أقدر على حسن تنشئته، وأحدب عليه، وأصون لحياته، والباعثة فيه دفء المشاعر، وطمأنينة الفؤاد، وقد أرست المادة ٢٠/٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ القاعدة التي تقضى بأن: يثبت الحق في الحضانة للأم، ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يدلى بالأم على من يدلى بالأب، ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالى: الأم فأم الأم وإن علت، فأم الأب وإن علت .. إلخ مما مفاده أن أحق النساء بحضانة الصغير أمه مادامت أهلاً للحضانة، وإذا لم توجد الأم أو كانت غير أهل للحضانة، انتقل حق الحضانة إلى أم الأم مهما علت، ثم إلى أم الأب، وإن علت، وقدمت أم الأم على أم الأب في الحضانة مع تساويهما في درجة القرابة؛ لأن قرابة الأولى من جهة الأم، وقرابة الثانية من جهة الأب، وحق الحضانة مستفاد من جهة الأم، فالمنتسبة بها تكون أولى من المنتسبة بالأب.

تطبيقات قضائية على الحضانة:

الأحكام الصادرة فى دعاوى الحضانة، حجيتها مؤقتة، بقاؤها طالما أن دواعى الحضانة، وظروف الحكم بها لم تتغير.

الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ ق، جلسة ١٩٩٨/١١/٣٠

الحكم نهائياً بإبقاء الصغير فى يد والدته، مناقضة الحكم المطعون فيه لحجيته – بقضائه بتأييد الحكم المستأنف بضم الصغير للمطعون ضده – دون الاستناد لأسباب استجدت بعد صدور الحكم النهائى، أثره جواز الطعن فيه بطريق النقض.

الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ ق بجلسة ١٩٩٨/١١/٣٠

الحضانة كأثر للزواج، سريان القانون المصرى وحده عليها، إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده، م ١٤ مدنى.

الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ ق، جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨

حضانة النساء تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة، والصغيرة سن اثنتى عشرة سنة وبلوغ الصغير هذه السن ليس حداً تنتهى به حضانة النساء حتماً، علة ذلك للقاضى بمقتضى سلطته التقديرية بما يحقق مصلحة الصغير إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة، والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة.

الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ ق، جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨

الأم أحق النساء بحضانة الصغير، عدم وجودها أو عدم أهليتها للحضانة، أثره انتقال حق الحضانة إلى من يليها، م ٢٠ ق ٢٥ لسنة

١٩٢٩ المضافة بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، تقديم أم الأم على أم الأب فى الحضانة مع تساويهما فى درجة القرابة، علة ذلك.

الطعن رقم ١١ لسنة ٦٤ ق، جلسة ١٩٩٩/٦/٢٨

٢- الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما فى حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها من المسائل المتعلقة بالولاية على النفس

فقه النص

النفقات، تشمل ما يعد من عناصر النفقة، التى تلزم لإعاشة الشخص وإقامته من الطعام والكساء والسكن وكذا ما يلزم لحفظ حياته كالعلاج، وما فى حكمها من الأجور والمصروفات كأجر الرضاع وأجر الحضانة وأجر المسكن، وأجر الخادم، ومصروفات التعليم والمواصلات والولادة وما يماثلها.

وسند وجوب العناصر الأساسية للنفقة، قوله تعالى: ﴿إِنَّ لَكَ أَلاَّ تَجُوعَ فِيهَا وَلاَ تَعْرَىٰ وَأَنَّكَ لاَ تَظْمَؤُ فِيهَا وَلاَ تَضْحَىٰ﴾ [طه: الآيات: ١١٨، ١١٩]، فإن فيها تقريراً على توفير مقومات الحياة من الطعام والملبس والمشرب والمسكن، على حسب الترتيب الذى أورده النص.

أما سند شرعية الأجور وما فى حكم النفقة، فبدلالة قوله تعالى: ﴿لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: آية ٢٣٣]، فإن مؤدى النص القيام بحاجات الصغير، وحفظه واستبقاء حياته بتوفير كل ما يلزمه منذ ولادته على الأب، وكذا أمه التى حملته وولدته، بتحمل كل الأعباء الناشئة عن عملية الولادة والتربية.

وقد أشارت بعض النصوص إلى التزام الأب بأداء بعض الأجـور، فى مثل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: آية ٦]، وهكذا تشمل النفقة، كل ما هو ضرورى لحياة الإنسان، واستبقاء حياته يستوى الحاجات المادية كالأكل والمسكن والملبس والعلاج والمعنوية كالتعليم والانتقال وغيرها.

تطبيقات قضائية على النفقة

فقد قضى بأن : الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة، فيرد عليه التغيير والتبديل، كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغير دواعيها، فإذا كان الثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الزوج الطاعن الإسلام، لم يعد لحكم النفقة السابق صدوره قبله من المجلس الملى وجود، فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاع الطلاق، وكان الثابت أيضاً أن المطعون عليها (الزوجة) قد استوفت حقها فى هذا الخصوص، فإنه لا يكون لها بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم النفقة سالفة الذكر، كسبب لطلبها التعويض عن طلاقها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهى إسقاط حكم النفقة، فإنه يكون قد خالف القانون.

نقض ٢٦/٥٣٢ ق فى ٦٣/١/٣٠، س ١٤ ص ١٨٩.

وقضى بأن: الحكم الصادر فى النزاع القائم على النفقة، هو بطبيعته حكم مؤقت يزول أثره متى زالت دواعيه، ذلك لأن النفقة تقدر بحسب الحاجة، ولها مقوماتها القانونية، فإذا زالت هذه المقومات سقط فيه، وإذن فمتى صدر حكم بالنفقة على أساس قيام الزوجية بين طرفى

النزاع، فإنه يصح القضاء بعدئذ بالكف عن المطالبة بها، متى انحلت عقدتها بالطلاق، وانقضت سنة من تاريخ هذا الطلاق.

نقض ٢٥/٤ ق، فى ٢٥/٢/٥٦ ، س ٧، ص ٣٠

كما قالت المحكمة: لما كان الحكم المطعون فيه صادراً من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية، وكان لا يجوز وفقاً لنص المادة ٢٤٩ مرافعات الطعن فى هذا الحكم، إلا إذا كان قد فصل فى نزاع خلافاً لحكم آخر، سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضى، وكان الطاعن فى السبب الأول من أسباب الطعن أقام طعنه استناداً إلى ذلك النص، على سند من القول أن الحكم المطعون فيه خالف حجية حكم جنائى نهائى سابق بين ذات الخصوم وهو الحكم الصادر فى الجنحة رقم ٥٧١ لسنة ١٩٨٣ قسم شبين الكوم، والقاضى ببراءته من تهمة تبديد أعيان جهاز المطعون ضدها، لا يعد نعياً بأن الحكم المطعون قد خالف حجية حكم سابق اتحد معه فى الخصوم والسبب والموضوع، وحاز قوة الأمر المقضى، بل يعد تعييناً للحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق نص المادتين ١٠٢ من قانون الإثبات، ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف حكماً سابقاً صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم.

نقض الطفل ٢١ لسنة ٥٦ ق، جلسة ٢٠/١/١٩٨٧

ومن أحدث الأحكام التى أكدت هذا المعنى: الحكم بالنفقة اعتباره مصاحباً لحال المحكوم عليه يسراً أو عسراً، حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرضها.

الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٦٣ ق ، جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٨

الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٦٤ ق ، جلسة ٢٨/٦/ ١٩٩٩.

٣- الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها، متى كان القانون الواجب التطبيق يقضى بضرورة الحصول على إذن الزوج

تعالج هذه الفقرة، حالة الزوج الأجنبى الذى يرفض الإذن لزوجته بمباشرة حقوقها، فى ظل قانون واجب التطبيق يستلزم حصول الزوجة على إذن من زوجها لمباشرة حقوقها، وعندئذ تلجأ الزوجة إلى المحكمة الجزئية المحققة لتأذن لها بمباشرة هذه الحقوق.

ولجوء الزوجة إلى المحكمة الجزئية التابع لها موطن الزوج، بديل عن المحكمة الابتدائية التى كان منعقداً لها الاختصاص طبقاً للمادة ٨٩٤ الملغاة من قانون المرافعات ينص المادة ٣/٩.

ومن قبيل الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها، طلب بطلان الزواج، أو طلب التفريق الجسمانى، أو طلب التطليق أو طلب الزوجة الاحتفاظ باسم زوجها بعدم التفريق أو الطلاق وطلب الحق فى العدة، وطلب الطاعة، فهذه الدعاوى تخضع للقانون الواجب التطبيق، الذى ينظم حق إقامتها، والشروط المطلوبة فيها.

ويراد بالقانون الواجب التطبيق، قانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وقد يكون الزوج أجنبياً، وقد يكون مصرياً، وفى الحالة الأخيرة يطبق القانون المصرى.

٤- أما دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة، فإن القانون قد اعتبرها من مسائل الأحوال الشخصية، كما جعل الحكم بشأنها نهائياً، إذا كان المطلوب فى حدود النصاب الانتهائى للمحكمة الجزئية، وهو ألفى جنيه، ويستأنف أمام المحكمة الابتدائية إذا كان المطلوب لا يتجاوز عشرة آلاف جنيه.

ولا نزاع فى أن المهر والجهاز والشبكة من مسائل الأحوال الشخصية بحسبان أنها تندرج ضمن الآثار المالية الناشئة عن عقد الزواج، ومقدماته وهى الخطبة، كما فى الشبكة، ومن ثم فإنها من أحكام عقد الزواج وليست شرطاً، وأبعد أن تكون ركناً، ومصدرها النص والعرف.

الشبكة، هى المال الذى يقدمه الخاطب إلى المخطوبة، عند إعلان الخطبة، وبدء الإجراءات العملية تجاه الاقتران بالزواج.

أما المهر فهو المال الذى يدفعه الزوج حقاً للزوجة عند إبرام عقد الزواج، وهو حكم واجب بالنص: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: آية٤]، وبالنسبة للجهاز فإنه ما تصطحبه الزوجة من أثاث ومنقولات إلى بيت الزوجية، لتأثيث مسكن الزوجية.

على أن ثمة فرقاً بين الشبكة والمهر والجهاز، يتأتى فى أن الشبكة منشؤها العرف والعادة، لدى المقبلين على الزواج، فقد جرى العرف على أن يقدم الخاطب بعض المال إلى المخطوبة، فى صورة ما يسمى بالشبكة، كما جرت العادة على أن يهدى الخاطب إلى مخطوبته ألواناً من الهدايا تعبيراً عن مشاعر المودة، وطلباً لتعميق أواصر العلاقات الطيبة التى بسبيلها إلى الارتباط الرسمى، وتكوين العش الزوجى، بينما المهر واجب شرعاً على الرجل للمرأة.

وقد اعتبرت محكمة النقض: أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر أثناء الخطبة، ومنها الشبكة، من قبيل الهبات، فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى.

واستطردت القول: لما كان السبب ركناً من أركان العقد، وينظر فى توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد، وكان العقد قد انعقد صحيحاً بتوفر سببه، فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع إلى التبرع، فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق، وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج، وإذا كان حق الخاطب الواجب استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة رقم ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدنى، وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع فى الهبة، فى حالة عدم قبول الموهوب له، أن يستند الواجب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى، وكانت محكمة الموضوع قد أعملت حكم هذه المادة، وأثبتت فى حدود سلطتها التقديرية عدم أحقية الطاعن — وهو الخاطب — فى استرداد الشبكة والهدايا، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه، مما يستوجب رفض الطعن فى الحكم بالنقض.

نقض فى ٧٤/٥/٢٦، الطعن ١٩٦٦/٦٢

أما المهر فإنه من الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج، وتستحق الزوجة المعجل منه بمجرد عقد الزواج، كما تستحقه كله بالدخول الفعلى، أو الخلوة أو موت الزوجة بعد إبرام العقد ولو قبل الدخول والخلوة، وفى الحالة الأخيرة، وهى تشمل موت الزوج أو الزوجة، تنشغل ذمة الزوج بالمهر، ويصير ديناً عليه، ويتعين على الزوجة أو ورثتها لقبضه أن تؤدى يمين الاستظهار، بأن تقسم الزوجة أو ورثتها بالله العظيم أنها تستحق من تركة الزوج مبلغ قدره كذا، وأنها أو ورثتها

لم تستوفه بأى طريق من طرق الاستيفاء وذمته مشغولة به، فإذا أقسمت الزوجة أو الورثة استحقوا دينهم[1].

وفيما يتعلق بالدوطة، فقد اعتبرها القانون من مسائل الأحوال الشخصية، لتعلق المنازعة فيها بالعلاقة الزوجية، وحرصاً على توحيد المعاملة بالنسبة للمصريين والأجانب والمسلمين وغير المسلمين، تأسيساً على أن الدوطة تقابل المهر عند المسلمين، ومن الآثار المالية الناشئة عن عقد الزواج، وهى مال تدفعه الزوجة لزوجها بموجب اتفاق عند عقد الزواج بينهما.

تطبيقات قضائية

فى المهــر:

المحاكم المدنية ممنوعة من النظر فى المسائل المالية المترتبة على روابط الأحوال الشخصية من مهر أو نفقة أو بدل خلع، إلا إذا كانت تلك المسائل ثابتة أصلاً ومقداراً من جهة الاختصاص الأصلية، وكانت مرفوعة إليها للنظر فى المطالبة المدنية فقط.

أما إذا كانت المسائل المتنازع عليها مما يتوقف على حلها تعيين مدى التزام أحد الزوجين بحق مالى، فيوقف الفصل فيها، حتى تفصل فيها جهة الأحوال الشخصية المختصة.

نقض ٢٨/١٠/١٩٣٧، ص ١٧٨

1- أشرف مصطفى كمال، المشكلات العملية فى قانون الأحوال الشخصية، ص ٤١٣.

فى الجهـاز:

إذا كان المبلغ المحكوم من المحكمة الشـرعية علـى الـزوج بـرده لزوجته ووالدها، إنما هو مبلغ حصل الاتفاق على إعداد الجهاز به، أى أنه ثمن لجهاز لم يتم شراؤه، فالنزاع على هذا المبلغ — ولو كـان بعضـه فى الأصل مقدم الصداق — هو نزاع مالى صرف مما تختص بـه المحـاكم المدنية، لا نزاع على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية المختصـة بـها المحاكم الشرعية، ولذلك يكون الحكم الصادر من المحكمة المدنية بوقف تنفيذ حكم المحكمة الشرعية، لخروجها فيه عن ولايتـها غـير مخـالف للقانون.

نقض ١٩٤٩/٣/١٧، ص ٧٣٥.

فـى الدوطـة:

إذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلـغ الدوطـة، علـى أن الدوطة، تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها فـى شـئون الزوجيـة، مـادامت الحياة الزوجية قائمة، فإذا انقضت أصبحت واجبة الـرد، فـإن حكمـها يكون سليماً قانوناً، إذ أن مبلغ الدوطة فى هذه الحالة مسـلماً علـى أنـه عارية استعمال واجبة الرد، عند حلول الظرف المتفق عليه.

نقض ١٣/٥ ق، فى ٤٣/٥/٢٧.

إن الدوطة عند المسيحيين تختلف عن المهر عند المسـلمين، فـإن المهر هو مقابل النكاح يدفعه الزوج لزوجته عند عقد الزواج، فإذا ما قـام نزاع بينهما بشأنه يتصل بموضوع الزواج كوجوب المهر وعـدم وجوبـه أو

حول مقداره، كانت محاكم الأحوال الشخصية هى المختصة بالفصل فى هذا النزاع، أما المطالبة بالمهر الثابت؛ فمن اختصاص المحاكم الأهلية.

وأما الدوطة عرفاً عند المسيحيين، فهى عبارة عن مبلغ من المال تقدمه الزوجة لزوجها عند الزواج ليستغله لفائدة ومصلحة الزوجية بشروط يتفق عليها، فهى تعتبر كشركة مالية بين الطرفين خاضعة لأحكام خاصة، ومن قبيل العقود المدنية والتجارية التى لا تمس موضوع النزاع، والتى يجوز للمحاكم الأهلية النظر فيها.

نقض ٥٤/٩١١، فى ٣٨/٤/٢١

٥- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق .

لما كانت وثائق الزواج والطلاق، هى المستندات المثبتة للعلاقة الزوجية بين الزوج والزوجة، والمدون بها عدد الطلقة أو الطلقات التى أوقعها الزوج على زوجته، وقام الموثق المختص بتحريرها والإشهاد عليها فإن هذه الوثائق تكون حجة بما ورد فيها من بيانات على أطرافها، وترتب آثاراً على كل من الزوج والزوجة، وتكسب حقوقاً لأحدهما على الآخر، الأمر الذى يفرض صحة البيانات الواردة بها، وتصحيح ما ورد بها من أخطاء، وتصويب ما وقع فيها من أغاليط، وإزاء ذلك فقد أوكل القانون إلى المحكمة الجزئية مهمة إجراء التغيير والتصحيح للبيانات الخاطئة فى وثائق الزواج والطلاق.

ومن الطبيعى أن يقوم بإجراء هذه القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية فى وثائق الزواج والطلاق، المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية، لكون المطلوب تغييره أو تصحيحه من مسائل الأحوال

الشخصية، وهو — من ثم — يندرج فى اختصاص هذه المحكمة، ويتعلق بالقضايا المعروضة عليها، ويرتبط بها، فضلاً عن أن هذه المحكمة هى الأقدر والأدرى بإجراء هذه التصحيحات والتغييرات والأعراف بما يترتب عليها من آثار، وما تكسبه من حقوق وتحمله من التزامات على ذوى الشأن، بجانب أن هذا العمل الذى تقوم به المحكمة ينطوى على تيسير على أصحاب الشأن، ويؤدى إلى إجراء هذه القيود بالسرعة والدقة المطلوبين بما يخدم قضية العدالة.

٦- توثيقٍ ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة، فيما يجوز شرعا:

إن اتفاق أطراف الخصومة على أمر من الأمور أمام المحكمة، من شأنه أن يرأب الصدع الحاصل فى العلاقة بين الطرفين، بالإضافة إلى ما فيه من الإبقاء على المودة والعلاقات الطيبة بينهما، وهو مطلب هام وجدير فى العلاقات الزوجية برمتها، وفى توطيد الأواصر الأسرية كلها، كما أنها تعمق معنى البذل والمسامحة والعفو بدلاً من الاستمساك بأهداب الحقوق، والإصرار على اقتضاء كل ما لأحد الطرفين لدى الآخر، وما ينطوى عليه من مشاحنة وتضييق على الطرف الآخر، بما لا يقدر عليه، ولا يستطيع أن يوفيه له، ناهيك عن أن مثل هذا الاتفاق قد يؤدى إلى إنهاء النزاع، وحسمه صلحاً.

ولا شك أن هذا الاتفاق الذى يتحقق عن طريق الصلح، جد مطلوب فى الإسلام، والنصوص متضافرة حول هذا المعنى.

قوله تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الأَنفُسُ

الشح وإن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيراً﴾ [النساء: آية ١٢٨]:

قوله جل شأنه: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إَلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوَاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: آية ٢٣٧].

وفى النصين دعوة صريحة إلى الصلح، والترغيب فيه، والحث على العفو والبذل والتنازل عن بعض الحق، وفاءً لذكرى أيام خلت، واحتراماً لعشرة قامت بين الطرفين عبر سنوات مضت، ومغالبة لشح النفس الإنسانية، وهزيمة لنوازع التنكيل والانتقام واللدد فى الخصومة.

وفي قول الرسول ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً).

والنصوص من القرآن والسنة تضع الضوابط والشروط التى يجرى في نطاقها الصلح، فإن التوثيق الذى جاءت به الفقرة، إنما يكون على وفق ما جاءت به الشريعة، وفى نطاق الحلال المشروع، لا الحرام الممنوع، وهو مضمون الصلح الجائز الذى يحبذه الشرع، ولا يتعارض مع مقاصد الشريعة وروحها العامة، كما ينبغى أن يكون برضاء الطرفين، وتعبيراً عن إرادتهما، وتجسيداً لموافقتهما عليه؛ لأن الاتفاق الناشئ عن الصلح معتمده التوافق والتراضى بين طرفيه بالأصالة أو الوكالة وبالإضافة إلى هذا وذاك، فإن توثيق الصلح ينبغى أن يكون أمام المحكمة المختصة بنظر الموضوع الذى حدث بشأنه الاتفاق بين الطرفين، كما أشارت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية.

وغنى عن البيان أن المحكمة المختصة، وهى بصدد توثيق الصلح تقوم على الوقوف على موضوعه، وتحرص على فحصه وتمحيصه، وتتغيا مطابقة الاتفاق بما يقويه، ويضفى عليه الصفة القانونية، ويؤكد التزام الأطراف به.

٧- الإذن بزواج من لا ولى له:

أناط المشروع بالمحكمة الجزئية الإذن بزواج من لا ولى له، فإذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر، أياً كان جنسه ذكراً أم أنثى، كان ذلك إذناً منها له بالتصرف فى المال الذى يؤول إليه نتيجة الزواج كالمهر والنفقة أو الدوطة، وتتولى المحكمة هذه المهمة بسبب عدم وجود ولى للقاصر، تطبيقاً للقاعدة الشرعية: الإمام ولى من لا ولى له" فهى تقوم بهذه المهمة نيابة عن الحاكم؛ لأنها تنظر بعين الرعاية، وكل ما يحقق مصلحة القاصر، والزواج من بين أوجه الرعاية له؛ لأن فيه قضاء حاجة من حاجاته الحياتية حيث يعصمه الزواج من الانحراف، ويضعه على طريق الاستقامة، وهو مطلب إسلامى؛ لأنه يحقق مقصداً شرعياً، وهو حفظ النسل.

ويجب على المحكمة وهى تأذن فى زواج القاصر، أن تحدد فى الإذن مقدار المهر والنفقة حسبما يجرى به العرف أو مهر المثل، ويراعى فى ذلك ظروف القاصر أو القاصرة، وظروف الطرف الآخر فى عقد الزواج، فإذا حددت المحكمة المهر الواجب أو النفقة الواجبة كان لمن صدر له الإذن — قاصراً أو قاصرة — التصرف فى هذا المهر أو النفقة فيما قرر له، ويكون خاضعاً لرقابة المحكمة، ويكون لها — إذا رأت من تصرف القاصر — فى المهر أو النفقة — ما يبرر تقييد الإذن فى التصرف

أن تصدر قراراً لاحقاً يمنعه أو يحد من تصرفه[1]، فى نطاق سلطتها التقديرية، بما هو أنظر لمصلحة القاصر، فى الشرع والقانون.

٨- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة، ما لم يثر بشأنها نزاع:

إن اختصاص المحكمة الجزئية بتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة مرهون بثبوت واقعة الوفاة، بواسطة شهادة الوفاة الدالة على ذلك، وبشهادة الشهود أمام المحكمة، وهذا يحصل نتيجة تحقيق المحكمة لواقعة الوفاة وثبوتها أمامها، والتثبت كذلك من أحقية الورثة المحصورين فى الطلب المقدم إليها فى تركة المتوفى، وكذلك الشأن فى الوصية الواجبة، ذلك أن طلب تحقيق الوفاة والوراثة خاص بصدور إعلام شرعى، فيمن ينحصر فيهم ميراث المتوفى، ومقدار سهمه فى التركة، ويظل هذا الاختصاص معقوداً للمحكمة الجزئية ما لم يثر بشأن الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة نزاع جدى، فإذا نشب هذا النزاع الجدى، فإن السبيل فى نظر الموضوع يكون عن طريق إحالة المحكمة الجزئية الطلب المعروض عليها إلى المحكمة الابتدائية للفصل فيه.

وإذا كان الإعلام الشرعى بالوفاة والوراثة حجة، إلا أن حجيته نسبية لا تمنع من له حق فى الإرث فى التركة، من أن يثبت حقه أمام القضاء على خلاف ما صدر به الإعلام؛ لأن ثبوت الوفاة والوراثة والإعلامات الشرعية ليست حكماً على الكافة فى خصومة قضائية بالوفاة والوراثة[2].

---

[1]- أحمد نصر الجندى، التعليق على قانون الولاية على المال، ١٩٩٨، ص ١٧٧.

[2]- انظر أحمد نصر الجندى، مبادئ القضاء الشرعى، ص ٣٣.

وقد قضى بأن إعلامات الوفاة والوراثة التى تعارفت المجالس الملية لمختلف الطوائف على ضبطها لا تخلو من حجية، سواء اعتبرت أوراقاً رسمية أم عرفية، والجدل فيما انطوت عليها دلالتها من وفيات أو غيرها، هو جدل موضوعى فيما يملكه قاضى الدعوى لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

الطعن رقم ١٣/ ٣٣/ ق ، فى ٦٧/١/٤.

ثانياً — المسائل المتعلقة بالولاية على المال، متى كان مال المطلوب حمايته لا تتجاوز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية

تقول المذكرة الإيضاحية: يتناول القسم الثانى من المادة (٩) من المشروع بيان مسائل الولاية على المال التى تختص بها المحكمة الجزئية، والتىكانت تنظمها المواد (٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٢، ٩٥٠، ٩٧٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهذه المسائل التى ينظم أحكامها الموضوعية نصوص المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال.

وقبل التعرض لما تضمنته المادة التاسعة فى شقها الثانى، تجدر الإشارة إلى أن طلب سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها، والتى كانت تنص عليها المادة ٩٢٢ من قانون المرافعات بشأن الولاية على النفس، والفقرة الرابعة من المادة ٩٧٣ من ذات القانون بشأن الولاية على المال، ينعقد الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية وحدها، باعتبار أن سلب الولاية هو من قبيل الحجر بالنسبة للولى؛ لأنه يحرمه من حق من أهم حقوقه الطبيعية، وهو حق الولاية على أولاده، وهو ما أبقى عليه المشروع، إذ لم يرد ذكر حالات سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها،

سواء المتعلقة بالولاية على النفس أو المال ضمن اختصاص المحكمة الجزئية التى وردت بالمادة (٩) منه، فتكون من اختصاص المحكمة الابتدائية وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (١٠) من المشروع، ولهذه المحكمة أن تتخذ الإجراءات الواردة بالمادة (١٢) منه، إذا قضت بسلب الولاية أو وقفها، وقد نظمت المواد (٢٠، ٢١، ٢٢) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها.

وبمقتضى أحكام القسم الثانى من المادة (٩) ينعقد الاختصاص النوعى للمحكمة الجزئية فى مواد الولاية على المال، إذا كان مال المطلوب حمايته لا يتجاوز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية بحسب ما هو محدد فى قانون المرافعات، ويشمل هذا الاختصاص المسائل الآتية:

١- تثبيت الوصى المختار، وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم، والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدالهم.

وتقابل هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الأولى من م (٩٧٢) من قانون المرافعات وتشمل تثبيت الوصى المختار على أموال القاصر إذا كان قد اختاره الأب قبل وفاته أو اختاره المتبرع عند تبرعه للقاصر وفقاً لنص المادة ٢٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، فإذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصياً مختاراً أو جداً صحيحاً قامت المحكمة بتعيين وصى وفقاً لحكم المادة (٢٩) من القانون سالف الذكر، سواء كان وصياً مؤقتاً على نحو ما نصت عليه المادة (٩٣٨) من قانون المرافعات أو كان وصياً دائماً، وسواء كانت وصايته عامة أم خاصة ببعض الأمور.

وتختص المحكمة الجزئية بتعيين المشرف أو المدير، وتحدد لهم نطاق اختصاصهم، وكما تختص بتعيين أى من المذكورين، فإنها تختص بمراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم، وكذا عزلهم واستبدال غيرهم بهم، وإعمالاً للفقرة الأخيرة من المادة (٩) فإنها تختص كذلك بالفصل فى جميع المنازعات المتعلقة بإدارة الأموال، وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بإحكام الولاية على المال.

٢- إثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب، ومراقبة أعماله وعزله واستبداله.

وتقابل هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الأولى من المادة (٩٧٢) من قانون المرافعات، وبموجبها يكون الاختصاص للمحكمة الجزئية بإثبات الغيبة وإنهاؤها، وتعيين الوكيل عن الغائب، ومراقبة أعماله وعزله واستبداله إذا كان مال الغائب لا تتجاوز قيمته النصاب الانتهائى للقاضى الجزئى، ويرجع فى شأن ذلك لما ورد بالمواد (٧٤، ٧٥، ٧٦) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال.

٣- تقرير المساعدة القضائية ورفعها، وتعيين المساعد القضائى واستبداله.

وتقابل هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الأولى من المادة (٩٧٢) من قانون المرافعات، وبموجبها يكون الاختصاص للمحكمة الجزئية للحكم بتقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائى واستبداله، وهو ما يقتضى اختصاصه بنظر كافة المطاعن التى توجه إليه، سواء من النيابة العامة أو المشمول بالحماية أو الغير متى كانت له مصلحة فى ذلك أو من تلقاء نفس المحكمة إذا ما تبين لها ما يوجبه.

ويرجع فى شأن ذلك لأحكام المواد (٧٠، ٧١، ٧٢، ٧٣) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال.

٤- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها وفقاً لأحكام القانون، والإذن له بمزاولة التجارة، وإجراء التصرفات التى يلزم القيام بها الحصول على إذن وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها.

تقابل هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الثالثة من المادة (٩٧٢) من قانون المرافعات، وهى تعالج عدة مسائل وهى:

أ- استمرار الولاية أو الوصاية على المال لمن بلغ إحدى وعشرين سنة غير رشيد، وهو ما نظمته المادتان (١٨، ٤٧) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، ويتعين أن يكون الحكم باستمرار الولاية أو الوصايا قبل بلوغ هذا السن، ويراعى هنا أن سلب الولاية على المال (أو النفس) يدخل فى اختصاص المحكمة الابتدائية، إذ أنه يعتبر من قبيل الحجر بالنسبة للولى؛ لأنه يحرمه من حق من أهم حقوقه الطبيعية وهو حق الولاية على أولاده، وكذلك الأمر بالنسبة لوقف الولاية أو الحد منها، إلا أن المحكمة الجزئية تختص بالفصل فى طلب استمرار الولاية أو الوصاية لمن جاوز الحادية والعشرين غير رشيد.

ب- الإذن للقاصر بتسليم أمواله لإدارتها، وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال، وفى الحدود التى تجيزها.

جـ- الإذن للقاصر بمزاولة التجارة فى الحدود إلى ينص عليها قانون الولاية على المال.

د- الإذن للقاصر بإجراء التصرفات التى يلزم القيام بها الحصول على إذن من المحكمة.

وفى الحالات الثانية والثالثة والرابعة، يكون للمحكمة الجزئية أن تعدل عن أى قرار أذنت بموجبه للقاصر بإدارة أمواله أو مزاولة التجارة أو إجراء التصرفات، سواء كان بإلغاء الإذن كلية أو بوقفه مدة من الزمن أو إدخال قيود تحد منه، ويتبع فى شأن ذلك ما ورد بالمواد من ٥٥ إلى ٦٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال.

٥- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

يقابل هذا البند ما ورد بالفقرة الرابعة من المادة (٩٧٢) من قانون المرافعات، والتى تنص على : "٤ — تعيين مأذون بالخصومة عن القصر أو الغائبين"، وقد أضاف لها نص المشروع ولو لم يكن له مال، منعاً لإزالة أى غموض، ولتتفق مع ما ورد بالمادة (٣٣) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال، والتى تنص على أن :

يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ، ولو لم يكن للقاصر مال، وهو ما يسرى على الغائب، إذ قد تعن الحاجة إلى مجرد الدفاع عن مصالح القاصر أو الغائب، فيكون تعيين وصى الخصومة ضرورة لا غنى عنها فى هذه الحالة.

٦- تقدير نفقة للقاصر من ماله، والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية وبين الوصى، فيما يتعلق بالإنفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به.

تقابل هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الخامسة من المادة (٩٧٢) من قانون المرافعات، وبموجبها تختص المحكمة الجزئية بتقدير نفقة للقاصر من ماله، فضلاً عن اختصاصها بالفصل فى المنازعات التى تنشأ بين ولى النفس أو ولى التربية من جانب، وبين الوصى على القاصر فيما يتعلق بالإنفاق عليه أو تربيته أو العناية به.

٧- إعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها، وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال.

وتختص المحكمة الجزئية بنظر طلب الولى (الأب أو الجد الصحيح) إعفاؤه من بعض مهام الولاية، فى ضوء ما ورد بقانون الولاية على المال، وللمحكمة أن تجيب الطلب أو ترفضه، باعتبار أن الولاية واجب مفروض على الولى لرعاية مصالح وأموال القاصر.

٨- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها.

الولاية — وفق ما تنص عليه المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال - تكون للأب ثم الجد الصحيح إن لم يكن الأب قد اختار وصياً على مال ولده القاصر، وهذه الولاية تثبت بقوة القانون على القاصر، سواء كان غير مميز أو مميز جاوز السابعة، وهى واجب مفروض على الأب أو الجد الصحيح لرعاية مصالح وأموال القصر، يلتزم بموجبها القيام بأعبائها ومباشرة ما تقتضيه مهامها بوصفها سلطة تناط بالمصلحة دون سواها.

لذا نصت المادة الأولى من قانون الولاية على المال — بعد أن بينت لمن تكون الولاية على القاصر — أنه على الولى القيام بها، ولا يجوز له التنحى عنها، إلا بإذن المحكمة، فله أن يطلب بإقالته من

الولاية، إذا كان فى ظروفه ما يقتضى ذلك، كمرض أو كبر سن أو عدم دراية على القيام بشئون القاصر إلى غير ذلك من الأمور التى تسوغ إعفاء الولى من مهام الولاية، وقد جعل التنحى معقوداً بإذن المحكمة، حتى تتخذ فى هذه المناسبات من الإجراءات ما يكفل مصالح من تشمله الولاية، وللمحكمة مطلق السلطة فى قبول أو رفض طلب التنحى بعد أن تمحص الأسباب التى بنى عليها، كما لها أن تكلف الولى طالب التنحى بالاستمرار فى أداء ومباشرة أعباء الولاية حتى يتم اختيار من يليه للقيام برعاية مصالح وأموال القاصر.

وتختص المحكمة الجزئية بطلب استرداد الولاية، إذا ما طلب الولى ذلك لتغير أو زوال الظروف التى دعته إلى طلب التنحى، وتقدير الظروف التى تبرر رد الولاية إلى الولى، هو مما تستقل به المحكمة على أنه إذا قضت المحكمة برفض الطلب فلا يقبل أى طلب جديد إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ الحكم النهائى بالرفض، إعمالاً لحكم المادة (٤٩) من المشروع.

٩- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها.

تقابل هذه الفقرة ما ورد بالفقرة السادسة من المادة (٩٧٢) من قانون المرافعات وقد نص البند السادس عشر من المادة (٣٩) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال، بأنه: لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة ... (سادس عشر): ما يصرف فى تزويج القاصر.

ومن ثم يتعين على الوصى أن يحصل على إذن من المحكمة بشأن الإنفاق على تزويج القاصر بما يتناسب وحالته الاجتماعية وفقاً للعرف الجارى، فيقتصر أثر الإذن على التصرف فى أموال القاصر بما يلزم نفقات زواجه، دون أن يستطيل ذلك إلى واقعة الزواج ذاته، أما ما ورد بالمادة (٣٣) من لائحة المأذونين الصادرة فى يناير ١٩٥٥، والمعدلة بالقرار الوزارى الصادر فى ١٩٦١/١٢/٢٥، من أنه : لا يجوز مباشرة عقد اليتيمات القاصرات اللاتى لهن معاش أو مرتب فى الحكومة أو لهن مال يزيد قيمته على مائتى جنيه إلا بعد صدور تصريح من محكمة الأحوال الشخصية المختصة، فإنه لا يطبق إلا بشأن الفتاة اليتيمة القاصرة دون اليتيم القاصر، فالفتاة القاصرة البالغة سن السادسة عشرة ولا ولى لها فى الزواج، تكون ولاية تزويجها للقاضى.

١٠- جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقاً لأحكام القانون، واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال.

تطابق هذه الفقرة ما ورد بالفقرة السابقة من المادة (٩٧٢) من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

والشطر الأول من الفقرة (١٠) قصد منه أن كافة المواد الأخرى المتعلقة بالولاية على المال – فيما لم يرد به نص فى المشروع – يكون من اختصاص المحكمة الجزئية، فيخرج منها طلبات الحجر وتعيين القيم وعزله واستبداله، وما إلى ذلك من أمور على النحو الوارد بالفقرة الثانية من المادة (١١) والمادة (١٢) من المشروع، إذ عقد الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية، والمقصود بعبارة وفقاً لأحكام القانون المرسوم

بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال بالنسبة للمصريين وقانون الجنسية الواجب التطبيق بالنسبة للأجانب.

أما الشطر الثانى من الفقرة (١٠) فرخص للمحكمة الجزئية اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية أو المؤقتة الخاصة بإدارة الأموال فى مواد الولاية على المال على النحو الوارد بالمادة (٣٩) من المشروع أو أى إجراء تحفظى ترى ضرورة اتخاذه حفاظاً على أموال المشمول بالحماية.

١١-تعيين مصفٍ للتركة وعزله واستبداله، والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية، متى كانت قيمة التركة لا تزيد على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية:

تقول المذكرة الإيضاحية: تدخل الإجراءات الخاصة بالتركات، والتى كان يتناولها الباب الثالث من الكتاب الرابع من قانون المرافعات — بما يتضمنه من تحقيق الوراثة وقبول الإرث ورفضه فى مسائل الولاية على النفس، وعلى أساس هذا النظر فقد تضمنت الفقرة الحادية عشرة من القسم الثانى من المادة (٩) من المشروع النص على إجراءات تصفية التركات ضمن مسائل الولاية على المال.

ويراعى إعمال القواعد التى انتظمتها المواد من (٨٧٥) إلى (٩١٤) من القانون المدنى فى هذا الخصوص، وأحكام القانون واجب التطبيق بالنسبة للأجانب، وما ورد بالمادة (١٧) من ذات القانون.

ويقابل نص هذه الفقرة ما ورد بالمادة (٩٤٧) من قانون المرافعات، وينعقد الاختصاص بنظر إجراءات تصفية التركة للمحكمة الجزئية، متى كانت قيمة التركة لا تزيد عن نصاب اختصاص المحكمة

الجزئية ، فإن جاوزت هذه القيمة أو كانت أعيان التركة غير مقدرة القيمة كان الاختصاص للمحكمة الابتدائية.

هذا التعليق للمذكرة الإيضاحية باعتبار أن هذه الفقرة داخلة في القسم الأول من المادة (٩) الخاص بمسائل الولاية على النفس، لكنها نقلت بعد تعديل القانون الحالى إلى القسم الثانى، فى مسائل الولاية على المال، الفقرة ١١.

التعليق على المسائل المتعلقة بالولاية على المال

١- تثبيت الوصى المختار وتعيين الوصى والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم....

المقرر شرعاً وقانوناً أن للأب حق اختيار الوصى على ولده القاصر أو الجنين قبل وفاته، ليقوم بإدارة أمواله ورعايتها، وينبغى أن تتوافر فيه شروط الوصاية بأن يكون الوصى عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة، غير متهم فى دينه وسلوكياته خاصة تجاه القاصر، وأن يكون هذا الاختيار ثابتاً بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها أو بورقة مكتوبة بخط الأب وموقع بإمضائه عليها، وهنا يأتى دور المحكمة الجزئية التى تقوم بالتثبت من وجود هذه الشروط، فإن ثبت لها توافرها حكمت بتثبيت الوصى المختار، وإن تخلفت الشروط أو بعضها كان من حق المحكمة أن تلتفت عن تثبيت الوصى المختار، وتعين هى وصياً تتوافر فيه شروط الصلاحية.

وبمقتضى نص الفقرة (١) فإن سلطة المحكمة تمتد إلى تعيين كل من المشرف والمدير، الذين ينبغى أن تتوفر فيهم كذلك شروط الوصاية، وذلك لأنهم نصبوا من قبل المحكمة قياماً على أموال القاصر ورعاية

لمصالحه المالية، وحسماً للمنازعات فى هذا الشأن، ويصدر قرار تعيين المشرف أو المدير أو الوصى، محدداً نطاق سلطة كل منهم، والمكنات المخولة له مباشرتها، وبالنسبة للوصى يجب أن يبين القرار طبيعة الوصاية وما إذا كانت دائمة أم مؤقتة، عامة كانت أم خاصة.

كما تختص المحكمة بمتابعة المهمة المكلفين بها، والتعرف على طبيعة الأعمال التى يجرونها فى أموال القاصر، ومراقبة هذه الأعمال، وإصدار القرارات اللازمة للفصل فى الحسابات الخاصة بهذه الأموال، واستبدال الوصى أو المشرف أو المدير، وكذا عزلهم، إذا خرجوا على مقتضى ما يفرضه الشرع والقانون، أو فقدوا شرطاً من الشروط الواجب توافرها فيهم.

٢- إثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب، ومراقبة أعماله، وعزله واستبداله.

ينعقد الاختصاص فى إثبات الغيبة وإنهاؤها، وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله للمحكمة الجزئية، والغائب هو من تكون غيبته حقيقية أو حكمية، والغيبة الحقيقية هى التى تنقطع فيها أخبار الغائب، ولا يدرى مكان وجوده، ولا يعرف أمر حياته من موته، وهو المفقود، أما الغيبة الحكمية فتكون لمن ليس له محل إقامة معلوم أو له محل إقامة معلوم خارج البلاد، وحيل بينه وبين إدارة أمواله أو الإشراف عليها ومباشرة شئونها، وذلك بحسب ما نصت عليها المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢.

وكما تختص المحكمة الجزئية بإثبات الغيبة سواء كانت حقيقية أم حكمية، فإنها تختص كذلك بإنهاء الغيبة إذا ثبت للمحكمة زوال أسباب الغيبة، أو مات الغائب.

وإذا تحقق للمحكمة غيبة الشخص لمدة سنة أو أكثر، وكان الغائب كامل الأهلية وترتب على هذه الغيبة تعطيل مصالح الغائب وجب على المحكمة أن تعين وكيلاً يتولى إدارة أمواله، ورعاية مصالحه، كما تختص المحكمة بتثبيت الوكيل العام الذى عينه الغائب إذا توافرت فى الوكيل شروط الوصى، احتراماً لإرادته وتحقيقاً لرغبته؛ لأن تصدى المحكمة بتعيين الوكيل المختار شأنه شأن الوصى المختار، يكون عندما لا يقوم الغائب باختياره، أو لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة.

وبالإضافة إلى ذلك، تختص المحكمة بالإشراف على الأعمال التى يباشرها الوكيل، وبيان مدى شرعيتها، وتطابقها مع الواجبات المنوطة به تجاه الغائب فإذا ما نبت للمحكمة، أنه لا يقوم على رعاية مصالح الغائب بالشكل المطلوب أو خرج على مقتضى الواجب فى أدائه لهذه الأعمال أو انحرف أو قصر فى واجباته أو انتهك أحكام الشرع والقانون، كان لها أن تستبدله بغيره أو تعزله على حسب ما يتراءى لها محققاً لمصلحة الغائب.

٣- تقرير المساعدة القضائية ورفعها، وتعيين المساعد القضائى واستبداله.

تثبت المساعدة القضائية لمن ألم به عارض من العوارض السماوية أو المكتسبة كالصم والبكم أو العمى، والتى يتعذر معها التعبير عن إرادته، كما تثبت المساعدة القضائية فى حالة ما إذا نزل بالشخص عجز

جسمانى شديد، يخشى على الشخص أن يباشر أمواله منفرداً، كما فـى حالات الشلل أو الضعف الشديد .. إلخ.

وهكذا تختص المحكمة الجزئيـة بتقريـر المساعدة القضائيـة لمـن نزل به عاهتين من العاهات الثلاث أو أصابه عجز جسمانى شـديد، إلى الحد الذى يحول بـين الشـخص وبـين التعبـير عـن إرادتـه فـى الحالـة الأولى، أو يخشى عليه من التصرف منفرداً فى الحالة الثانيـة، طبقـاً لما نصت عليه المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال.

وإذا كان للمحكمة سلطة تقرير المساعدة القضائية، فإن لها كذلك مكنة رفعها وإنهائها، إذا انتفت أسبابها، وزالت موجباتها.

وتختص المحكمة بتعيين المساعد القضائى، الذى تتبلـور مهمتـه فى معاونة مـن هـو بحاجـة إلى المسـاعدة، فـى إدارة أموالـه، وتصريـف شئونه، فى حالـة عـدم الاطمئنـان إلى قـدرة المطلـوب مسـاعدته قضائيـاً بعناصر الواقع فى تصرف من التصرفات[1].

ومن نافلة القول بأن مهمة المساعد القضائى لا تخولـه الاسـتبداد بإدارة أموال المحتاج إلى المساعدة، وتنحيته بالكلية عنها، وإنما تنحصر مهمته، كما هو واضـح مـن النعـت الموسـوم بـه فـى المشـاركة فـى إدارة أمواله، ورعاية مصالحه، ولا يجوز للمساعد القضائى أن يسـتقل بـإدارة أموال من تقررت مساعدته أو التصرف فيها وحده، إلا فى حالة الضرورة وبإذن من المحكمة.

---

[1]- راجع المستشار كمال حمدى، الأحكام الموضوعية فى الولاية على المال، ص ٢٢٤.

وتختص المحكمة كذلك باستبدال المساعد القضائى أو عزله إذا خرج على مقتضيات المساعدة، أو أخل بواجباته، أو انتهك قواعد الشرع والقانون.

٤- استمرار الولاية أو الوصاية إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها، وفقاً لأحكام القانون، والإذن له بمزاولة التجارة وإجراء التصرفات التى يلزم للقيام بها الحصول على إذن، وسلب أى من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها.

الأصل الذى نصت عليه المادة ١٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ هو أن تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز استمرار الولاية أو الوصاية بعد سن الحادية والعشرين إلا بصدور حكم من المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية، ويتأتى ذلك بأن يطلب الولى أو الوصى إلى المحكمة تمديد هذه الولاية أو الوصاية بعد بلوغ السن المذكورة لعارض من العوارض أو لسبب من الأسباب التى تجعله غير رشيد، وتستوثق المحكمة من ذلك، أو تشارك الولى أو الوصى رأيه فى ضرورة مد أجل هذه الولاية إلى ما بعد السن القانونية للرشد، وتصور حكمها بذلك.

وسند هذا المنحى لاستمرار الوصاية فى الشرع، قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَآءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللّهِ حَسِيباً﴾ [النساء: آية ٥، ٦].

ومؤدى النص أن الوصاية تستمر على القاصر مع القيام بحقوق القاصر وتصريف شئون المال دون تحديد مدة، ولا يسلم إليه ماله إلا إذا أنس الوصى منه الرشد والقدرة على إدارة ماله وحفظه وتثميره؛ لأن بالمال قوام حياته، ومصدر رزقه وثروته، وحمايته مقصد من مقاصد الشرع، والخطاب فى النص للجماعة "ولا تؤتوا" فيكون الاختصاص بتمديد الوصاية إلى المحكمة المنوط بها حفظ الحقوق، وتقرير ما فيه النظر والمصلحة للقاصر والجماعة كلها، ومثل الوصاية فى ذلك الولاية.

ومفاد ما نص عليه الفقه والقانون أن القاضى لكى يحكم بتمديد الولاية أو الوصاية، أن يطلب الولى أو الوصى ذلك إلى المحكمة، وأن يثبت وجود الآفة أو السبب الذى يستوجب استمرار الولاية أو الوصاية، وأن يصدر حكم المحكمة بتمديد الولاية أو الوصاية.

كما تختص المحكمة بالإذن للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها وفقاً لحكم القانون.

وقد نص قانون الولاية على المال فى المادة ٥٠، على أن : على الوصى خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته، أو إلى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال، وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب، ومحضر تسليم الأموال.

ويتم تسليم الأموال التى فى عهدة الوصى إلى القاصر الذى بلغ سن الرشد، أو إلى وليه الذى عادت الولاية له على مال القاصر أو إلى الوصى الذى عينته المحكمة، فى مدة الثلاثين يوماً المحددة بالنص، ويلاحظ

أن هذه المدة ليست ميعاداً حتمياً، وإنما هى ميعاد تنظيمى، فيجوز للمحكمة أن تقبل عذر الوصى فى تأخير التسليم، إذا تبين لها من الظروف والملابسات أن هذا التأخير ليس فيه ضرر بمصلحة القاصر، وإلا أصبح مسئولاً عن هذه الأضرار[1].

وبجانب ذلك تختص المحكمة بالإذن للقاصر بمزاولة التجارة، إذا طلب الولى أو الوصى أو القاصر من المحكمة ذلك، وكان القاصر قد بلغ الثامنة عشرة من عمره، وصدور حكم المحكمة بالإذن له بالاتجار، وقد تطلب المشروع تلك الشروط حماية لأموال القاصر، وحفاظاً عليها من الضياع والهلاك، ولم يشأ المشرع فى ذات الوقت أن يحظر على القاصر ممارسة التجارة مطلقاً، رغبة فى إتاحة الفرصة للقاصر للتدريب والتمرين على أعمال التجارة، وإكسابه بعض الخبرة فى هذا المجال، فوفق بذلك بين الاعتبارين.

وبالإضافة إلى ذلك تختص المحكمة بالإذن للقاصر بإجراء التصرفات التى يلزم القيام بها الحصول على إذن، ذلك أن المحكمة قد تأذن للقاصر فى إدارة كل أمواله، أو إدارة جزء منها، أو تأذن له بالعمل أو أى تصرف يتطلب قيام القاصر به الحصول على إذن من المحكمة.

وقد كان من الطبيعى أن يخول القانون للمحكمة الجزئية، سلطة العدول عن الإذن بمزاولة القاصر التجارة، أو تسلم أمواله أو إجراء التصرفات، أو إلغاء أى من هذه الأحكام التى قضت بها، أو وقف هذا الإذن لمدة تطول أو تقصر حسب ما ترى فيه المصلحة للقاصر؛ لأن من يملك سلطة المنح يملك سلطة المنع؛ لأن المناط فى إجازة الإذن للقاصر أو

---

[1]- أحمد نصر الجندى، الولاية على المال، ص ١٦٠.

منعه هو مصلحة القاصر نفسه، وحماية أمواله، والمحكمة أمينة على هذه المصلحة، وقد عهد إليها الشارع النظر والرعاية لهذه المصلحة.

٥- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب، ولو لم يكن له مال.

أجازت المادة (٣٣) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال.

والمناط فى جواز قيام المحكمة الجزئية بتعيين وصى بالخصومة، هو مصلحة القاصر أو الغائب، فقد يغدو لها أن ثمة ضرورة تحتم على الوصى بالخصومة ليستأدى حقوقه التى قد لا يصل إليها إلا عن طريق اللجوء للمحكمة، أو لدفع المطالب والمطالبات بدون وجه حق بالركون إلى التقاضى، وفى هذه الحالة، فإن وجود هذا الوصى بالخصومة يكون محتماً لتمثيل القاصر أو الغائب أمام القضاء ولرفع الدعاوى له، أو دفعها عنه.

وللوصى بالخصومة المعين من المحكمة لتمثيل القاصر أو الغائب، مباشرة الدعاوى القضائية فى أى درجة من درجات التقاضى، حتى النقض فقد قضت محكمة النقض بأن: وصى الخصومة يكون له ما للوصى العام فى رفع الدعاوى عن القاصر، وأن يطعن فى الأحكام الصادرة فيها بكافة طرق الطعن العادية وغير العادية.. ويكون لوصى الخصومة أن يطعن بطريق النقض فى الأحكام الصادرة فى الدعوى التى أذن له فى رفعها من غير حاجة فى ذلك إلى إذن خاص من المجلس الحسبى، كما أن له أن يطعن فى كل حكم صدر قبل الإذن له بالخصومة، متى كان يبين من هذا الحكم والحكم الصادر فى الدعوى

المأذون له فى رفعها من الصلة ما يجعل نقضه متعيناً عند نقض الحكم الصادر فى هذه الدعوى.

نقض ٩/٢٦ ق فى ٣٩/١٠/٢٦، مجموعة النقض جـ١، ص٣١٧

٦- تقدير نفقة للقاصر من ماله، والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس أو ولى التربية، وبين الوصى فيما يتعلق بالإنفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به.

تختص المحكمة الجزئية بتقدير نفقة للقاصر من ماله، لكى يتعيش منه، وللمحكمة بعد تحقيق طلب تقدير فرض نفقة للقاصر من ماله، وبعد بحث كافة الظروف الاجتماعية والمالية للقاصر، أن تصدر حكمها بتقدير نفقة تتناسب مع هذه الظروف الاجتماعية وتلك الأوضاع المالية، وينبغى فى كل الأحوال ألا يكون تقدير هذه النفقة مبالغاً فيه إلى الحد الذى يذهب بماله، ويصمه بالسفه والتبذير، كما لا ينبغى أن يكون مبلغ النفقة ضئيلاً إلى المدى الذى لا يقوم بضروريات القاصر الحياتية من الطعام والملبس والمسكن والعلاج — إذا كان مريضاً — إنما ينبغى أن يكون تقدير النفقة وسطاً بين هذا وذاك لا إفراط فيه ولا تفريط، إعمالاً لنص قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ آتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَآ آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْراً﴾ [الطلاق: آية٧].

وفضلاً عن ذلك تختص المحكمة بالفصل فى المنازعات الناشبة بين ولى النفس أو ولى التربية وبين الوصى، عند تباين وجهات نظرهم، واختلافهم فى تحديد مبلغ النفقة الواجب للقاصر لإعاشته أو تربيته وتعليمه أو رعايته والعناية بشئونه، فيكون حكم المحكمة فى تقدير

النفقة للقاصر رافعاً للنزاع، حاسماً لمادة الخلاف، قاطعاً للخصومة، إعمالاً للقاعدة: حكم الحاكم (القاضى)*يرفع النزاع، وهو ما يحقق مصلحة القاصر، ولا يجعلها رهناً للتأرجح بين هذه الأنواع من النزاعات، التى قد تلحق الضرر به لتعلقها بمسألة ضرورية، ومقوم أساسى من مقومات حياته.

٧- إعفاء الولى فى الحالات التى يجوز إعفاؤه فيها، وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال.

اصطلح على إطلاق لفظ الولى على الولى الطبيعى أو الشرعى، الذى يستمد ولايته من الشرع والقانون مباشرة، وهو الأب والجد الصحيح، وهذا هو صريح نص المادة (١) من قانون الولاية على المال للأب ثم للجد الصحيح – إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً – الولاية على مال القاصر، وعليه القيام بها، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة.

ومفاد ذلك أن الولاية الطبيعية أو الشرعية، هى ولاية أصلية تستند فى أصالتها إلى قوة النصوص، والفطرة الطبيعية، والذى يطبعها بطابع الإجبار والإلزام، ويضفى عليها وصف الحق والواجب، ولا ينفصل هذا عن ذاك فالولاية حق لهما – الأب والجد – بسبب عمق الانتماء، وامتداد الجذور وخصوصية العلاقة بين الأب والجد والصغير، وهو ما يفرض عليها واجب رعاية شئون الصغير، وحفظ ماله، ونفاذ تصرفاتهما فى مسائل النفس والمال كقاعدة؛ لأنهما مكلفان بذلك شرعاً وقانوناً، بلا حاجة إلى إذن أو استصدار حكم من القضاء، فهى – الولاية الطبيعية – فريضة شرعية والتزام قانونى.

وحيث إن هذه الولاية، عامة النظر، فى الصلاحيات التى تخولها للولى على نفس القاصر وماله، فقد أجازت الفقرة للمحكمة الجزئية إعفاء الولى من بعض المهام التى تلقى على عاتقه، لظروف تقدرها المحكمة، تراعى فيها قدرة الولى ومصلحة القاصر المولى عليه، فإذا وجدت المحكمة الجزئية مسوغاً لإعفائه من بعض مسئولياته، أصدرت قرارها بإعفائه منها.

٨- طلب تنحى الولى عن ولايته واستردادها.

وتظل هذه الولاية للأب أو الجد، قائمة وملزمة لهما، وهو ما يتعين على كل منهما توجيه الصغير وتربيته والعناية به، ورعاية ماله، والقيام على مصالحه، حتى إذا ما طلب من المحكمة الجزئية التنحى، وقامت الأسباب التى تبرر ذلك، عندئذ فإن المحكمة قد تنحيه لأمور قدرتها، ولمصلحة استوجبتها، دون أن يفتات ذلك على حق الولى فى استعادة ولايته على القاصر متى زالت هذه الأسباب، ولا يجوز للمحكمة أن تقف حائلاً دون استرجاعه لحقه، ونفاذ مفعول ولايته، وقد قضى بأنه يبين من نص المادة الأولى من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن الولاية واجبة فى الأصل، ولكن يجوز للولى أن يتنحى عن ولايته بإذن من المحكمة لظروف تتطلب ذلك، مما مقتضاه أنه إذا تغيرت الظروف التى دعت الولى إلى طلب التنحى أو زالت، وكان قادراً على تحمل أعبائها فله أن يطلب من المحكمة رد الولاية إليه.

ويستفاد مما جاء فى المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة (١) من قانون الولاية على المال، حيث قالت: وقد نصت هذه المادة على أنه لا يجوز للولى أن يتنحى عن ولايته إلا بإذن من المحكمة، فالولاية واجبة فى الأصل، ولكن يجوز للولى أن يطلب إقالته منها، إذا كان فى ظروفه

ما يقتضى ذلك، وقد جعل التنحى معقوداً بإذن المحكمة حتى تتخذ فى هذه المناسبة من الإجراءات مما يكفل مصالح من تشمله الولاية.

نقض ٥/٤٠ ق ، س ٢٥، ص ٢٣٩

ومن هنا فإن للمحكمة الجزئية بمقتضى هذه الفقرة، بحث وتمحيص طلب الولى بالتنحى عن ولايته على القاصر، واسترداد هذه الولاية، وحقها فى تقرير التنحى أو الاسترداد مرهون بمصلحة الصغير ورعايته، وحق الولى، وما يتحمله من التزامات نابعة من هذه الولاية، وسلطة المحكمة فى هذا الصدد تقديرية تقدرها بحسب ما يتراءى لها من الوقوف واستكناه الحقيقة برمتها، ولا سلطان لمحكمة النقض عليها طالما كان قضاؤها مسوغاً فى ذلك.

وينبغى أن يلاحظ أنه إذا قضت المحكمة برفض الطلب، فلا يقبل أى طلب جديد إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ الحكم النهائى بالرفض، كما أشارت إلى ذلك المادة ٤٨ من القانون.

٩- الإذن بما يصرف لزواج القاصر فى الأحوال التى يوجب القانون استئذان المحكمة فيها.

الأساس فى هذا المنحى، ما نصت عليه المادة ٣٩ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢، لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة، وقد نصت الفقرة / ١٦ : ما يصرف فى تزويج القاصر.

وبموجب ذلك تختص المحكمة الجزئية بإصدار الإذن للوصى بالإنفاق على زواج القاصر، ويتضمن الإذن الصادر من المحكمة تحديد المبلغ اللازم لهذا التزويج بمراعاة ظروف البيئة، والوسط الاجتماعى لكل

من الزوجين، والحالة المالية للقاصر، حتى لا يكون الصرف مجحفاً بمال القاصر، مضيعاً له، أو لا يتناسب مع الظروف والعرف الجارى، ويشمل ذلك الصرف على المهر أو النفقة أو الدوطة من مستلزمات الزواج.

ويتقيد الوصى بالإذن الصادر من المحكمة فى هذا الشأن ويعتبر القرار الصادر منها ملزماً له، بالنظر إلى تلبية حاجة فطرية من احتياجات القاصر، وتقديراً للظروف، وحفاظاً على المال، وهذا الملمح ورد في قوله تعالى : ﴿وَأَنْكِحُواْ الأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُواْ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [النور: آية٣٢].

١٠-جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقاً لأحكام القانون، واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها، مهما كانت قيمة المال.

تختص المحكمة الجزئية بالإذن للوصى بمباشرة التصرفات الأخرى اللازمة لإدارة المال، والمحافظة عليه، مما لم ينص فيه القانون على اختصاص المحكمة الابتدائية به، كما سيأتى.

كذلك تختص المحكمة الجزئية بالإذن للوصى باتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بإدارة أموال القاصر، مهما كانت قيمة المال، ويندرج فيها ما نصت عليه المادة (٣٩) من قانون الولاية على المال، فيجب أن يحصل الوصى على إذن من المحكمة قبل مزاولتها، وهى :

أولاً: جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية المقررة لحق من الحقوق المذكورة.

ثانياً: التصرفات فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية، فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة.

ثالثاً: الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة.

رابعاً: حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة.

خامساً: استثمار الأموال وتصفيتها.

سادساً: اقتراض المال وإقراضه.

سابعاً: إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية، ولمدة أكثر من سنة فى المبانى.

ثامناً: إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

تاسعاً: قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

عاشراً: الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم، إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ.

حادى عشر: الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر.

ثانى عشر: رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له.

ثالث عشر: التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها، ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام.

رابع عشر: التنازل عن التأمينات وإضعافها.

خامس عشر: إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه إلى الدرجة الرابعة، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه.

سادس عشر: تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة.

وبالإضافة إلى ذلك أن تأذن المحكمة للوصى باتخاذ أى إجراء تحفظى أو مؤقت لازم لإدارة المال والحفاظ عليه.

١١-تعيين مصفٍ للتركة وعزله واستبداله، والفصل فى المنازعات المتعلقة بالتصفية، متى كانت قيمة التركة لا تزيد على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية.

تختص المحكمة الجزئية بتعيين مصفٍ للتركة وعزله واستبداله، شريطة ألا تزيد قيمة التركة عن النصاب الانتهائى للمحكمة الجزئية، فإذا زادت عن هذا النصاب انعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية، كما نصت على ذلك المادة (٩٤٧) مرافعات: تختص المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها آخر موطن للمورث بتعيين مصفٍ للتركة وعزله واستبدال غيره به، وبالفصل فى جميع المواد المتعلقة بالتصفية.

وقد بينت المادة (٨٧٦، ٨٧٧) مدنى طريقة تعيين مصفٍ للتركة:

م ٨٧٦ : إذا لم يعين المورث وصيــاً لتركتـه، وطلـب أحـد ذوى الشأن تعيين مصفٍ لها، عينت المحكمة — إذا رأت موجباً لذلك — من تجمع الورثة على اختياره فإن لم تجمع الورثة على أحــد تـولى القـاضى اختيار المصفى، على أن يكون بقدر المستطاع من الورثة، وذلك بعد سماع قول هؤلاء.

م (٨٧٧) — (١) : لمن عين مصفياً أن يرفض تولى هــذه المهمـة، أو أن يتنحى عنها بعد توليها، وذلك طبقاً لأحكام الوكالة.

(٢): وللقاضى أيضاً، إذا طلـب إليـه أحـد ذوى الشـأن أو النيابـة العامة أو دون طلب، عزل المصفى واستبدال غيره به، متى وجــدت أسباب تبرر ذلك.

وقد أدرجت المادة (٩)/١١ من القسم الثانى تعيين مصــفٍ ضمـن مسائل الولاية على المال، على خلاف ما كانت هذه المـادة تدرجـه قبـل صياغتها فى شكلها الأخير فقد كان يدرجـها ضمن مسـائل الولايـة علـى النفس، بما تشتمل عليه من تحقيق الوراثة وقبول الإرث، ورفضه، وهذا الوضع هو الأكثر ملاءمة، على اعتبار أن موضــوع تعيـين المصفـى وعزلـه واستبداله، والنظر فى المنازعات المتعلقــة بتصفيـة التركـة، إنمـا تتنـاول شئون التركة، وهى تقع على مال التركة، والحقوق المالية المتعلقـة بـهـا، وكل الإجراءات المتعلقة بالتصفية والجرد وإدارة التركة، إنمـا هـى أمـور محلها المال، وموضوعها ثروة المتوفى، وما يتصل بها من أنصبـة ماليـة، أو حقوق مالية تتعلق بالغير.

وقد أناطت الفقـرة (١١) بالمحكمـة الجزئيـة مهمـة الفصـل فـى المنازعات المتعلقة بالتصفية، متى كانت قيمة التركة لا تزيد على نصاب

اختصاص المحكمة الجزئية، وهذا الفصل مطلوب فى بعض الأحيان على وجه السرعة، تبعاً لطبيعة المنازعة، وضرورة التعامل معها وحسمها بحكم من المحكمة، فى الأحوال التى لا تحتمل فيها الانتظار، كما فى تقرير نفقة لمن كان يعولهم المتوفى، أو دفع مصروفات للتعليم وغيرها، وهو ما يختص به قاضى الأمور الوقتية.

ومن قبيل المنازعات التى قد تثور، النزاع على حجية الإعلام الشرعى، وقد قضى بأن الإعلام الشرعى، تدفع حجيته، وفقاً لنص المادة (٣٦١) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة، وهو بهذه المثابة لا يتصور أن يكون محلاً للطعن بطريق النقض استقلالاً، ولا عبرة بالتحدى بأن الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية تسرى على الكافة إلى أن يقضى بإلغائها؛ لأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية، لا تكون إلا للأحكام التى تنشئ الحالة المدنية، لا الأحكام التى تقرها، وإذا خلع الحكم على الطاعن صفة البنوة، فإنما يقرر حالة ولا ينشئها، ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافه لا تتعداهم إلى الغير.

نقض ٣٥/٦ ق ، فى ٦٨/٢/٧

وقد قضى كذلك بأن دعوى إثبات الوفاة والوراثة، تضمين صحيفتها بيان بأعيان التركة، كفايته لسماعها، لا يحول دون ذلك خلوها من تحديد واضع اليد على التركة.

نقض ٤٣/١٥ ق، فى ٧٦/١/١٤.

وقد قضى بأن: طلب تعيين مصفٍ للتركة لا يعد من قبيل الأعمال التجارية.

الطعن رقم ٥٧/١٩٣٥ ق، فى ١٩٩٢/٤/٩

المــادة (١٠)

تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التى تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه.

ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى دون غيرها الحكم ابتدائياً فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته.

وتلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التي رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعى واحد.

وللمحكمة أثنا سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ماعساها تكون قد قررته من نفقة بالزيادة أو النقصان.

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائى فيها.

المذكرة الإيضاحية:

قالت المذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذه المادة: أفردت المادة (٩) من المشروع حصراً للمسائل التى تختص بها المحكمة الجزئية، وتناولت المادة (١٠) منه القاعدة العامة فى اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر منازعات الأحوال الشخصية نفس ومال وتصرفات الأوقاف وذلك على النحو الآتى:

فقد أخذت الفقرة الأولى منها بالقاعدة المقررة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، من جعل المحكمة الابتدائية هى صاحبة الاختصاص العام فيما ينعقد الاختصاص فيه ولائياً لجهة القضاء العادى، حيث تختص نوعياً بأية منازعة لا تدخل تحديداً فى الاختصاص النوعى للمحكمة الجزئية، وهذا الاختصاص العام للمحكمة الابتدائية يمتد فى مسائل الأحوال الشخصية إلى جميع المنازعات المتعلقة بالمال أو النفس، طالما كانت المنازعة غير داخلة فى اختصاص المحكمة الجزئية، وفقاً لأحكام المادة (٩) من هذا المشروع، وهو اختصاص عام يستند فى عمومه إلى حكم المادة (٤٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفى خصوص مسائل الأحوال الشخصية فهو يأخذ بنفس القاعدة التى تقررها المادة الثانية من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ومن البديهى أن اختصاص المحكمة الابتدائية المشار إليها، يتعلق بما تختص بنظره محكمة أول درجة، وهو لا يخل باختصاصها بنظر الاستئنافات التى ترفع إليها طعناً فى الأحكام التى تصدر من المحكمة الجزئية، فيما يجوز الطعن عليه بالاستئناف، حيث تنظرها كهيئة استئنافية، وتكون أحكامها فيها نهائية.

أما الأحكام التى تصدرها المحكمة الابتدائية فى المنازعات التى ترفع إليها كمحكمة أول درجة، فيكون الطعن عليها بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة.

هذا عن اختصاص المحكمة الابتدائية بمسائل الأحوال الشخصية، أما عن اختصاصها بمسائل الوقف، فقد أبقى المشروع على القاعدة المقررة فى المواد: (٥، ٦، ٨، ٩، ١٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من جعل الاختصاص النوعى بنظر دعاوى الوقف

معقوداً للمحاكم الابتدائية، وهذا الاختصاص يتعلق بمنازعات الوقف أو شروطه أو الاستحقاق فيه أو التصرفات الواردة عليه، ولا يمتد إلى قسمة أعيان الوقف التى تختص بها لجان القسمة، ويطعن على قراراتها أمام لجنة الاعتراضات وفقاً لأحكام القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بقسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف طبقاً للمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢.

شرح المادة

أتى قانون تيسير إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، بعقد الاختصاص فى دعاوى الأحوال الشخصية للمحكمة الابتدائية فى المسائل التى لا تدخل فى اختصاص المحكمة الجزئية، خطوة أخرى على درب إنشاء محكمة الأسرة كما يأتى اتساقاً مع ما نصت عليه المادة (١/٤٧) مرافعات.

تختص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتدائياً فى جميع المواد المدنية والتجارية، التي ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه.

وقد جعل هذا النص المحكمة الابتدائية، هى صاحبة الاختصاص العام والولاية الشاملة، ولذلك وصفت بأنها المحكمة العادية، وهى تختص باعتبارها درجة أولى للتقاضى بكل المنازعات التى ليست من اختصاص محكمة المواد الجزئية، ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تتجاوز خمسة آلاف جنيه.

وقد أخذ المشرع فيما يتعلق بتحديد النصاب النهائى للمحكمة الابتدائية بالمبدأ المقرر فى القانون المختلط، فجعل هذا النصاب هو الحد

الأقصى لما يفصل فيه القاضى الجزئ ابتدائياً فى حدود اختصاصه العادى بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة الابتدائية، وبهذا تبقى القاعدة الأصلية لاختصاص المحاكم الابتدائية سليمة التطبيق[1].

كما كانت المادة (٨) من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تنص على أن: تختص المحاكم الجزئية الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، طبقاً لما هو مبين فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، عدا دعوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها، والمشار إليها فى المادة السادسة، فإنها تكون دائماً من اختصاص المحاكم الابتدائية.

وتختص المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف وفقاً لما هو مبين فى المواد ٨، ٩، ١٠ من اللائحة.

أما المادة (٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فتنص على: تختص المحاكم الابتدائية الشرعية بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية التى ليست من اختصاص المحاكم الجزئية بمقتضى نص المادتين الخامسة والسادسة.

وتختص بالحكم النهائى فى قضايا الاستئناف الذى يرفع إليها فى الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية طبقاً للمادة السادسة.

ويكون قرارها فى تصرفات الأوقاف نهائيا فيما يأتى:

أ- الإذن بالخصومة.

---

(1) محمد عبد الرحيم عنبر، ص ١٤٩.

ب- طلب الاستدانة إذا كان المبلغ المطلوب استدانته لا يزيد على مائتى جنيه مصرى.

جـ- طلبات الاستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد الدين والتحكير والتأجير لمدة طويلة وتغيير المعالم إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا تزيد على مائتى جنيه مصرى.

ويكون قرارها ابتدائياً قابلاً للاستئناف فيما عدا ذلك، وتقدر قيمة الأعيان الموقوفة على حسب القواعد المقررة فى المواد ٣٣، ٣٤، ٣٥ من لائحة الرسوم المعمول بها أمام المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٤ المؤرخ ٢٨ مارس سنة ١٩٠٩.

تطبيقات قضائية على الوقف:

ذهبت محكمة النقض إلى أنه: متى كان الوقف مرتب الطبقات ترتيباً إفرادياً فإن لازم هذا الإنشاء وعلى ما جرى به قضاء النقض أن يكون استحقاق الفرع بعد أصله استحقاقاً أصلياً، لا ينتزع منه، ولا وجه معه لنقض القسمة.

نقض ١٨/٣٢/ ق فى ٢٢/٦/٦٦

وقضت بأنه: عملاً بقاعدة: أن من الوجوب تمكين ذى السند على الفور من حقه، فكان كتاب الوقف وهو سند رسمى، يجب احترامه وتنفيذه بما فى الإمكان ووفق المقرر شرعاً وعقلاً، مادام أن من يعارض فى نص من نصوصه، لم يستحضر فعلاً حكماً شرعياً نهائياً مؤيداً لمعارضته، فإذا رفع مستحق منصوص بكتاب الوقف على استحقاقه أصلاً ومقداراً دعوى على الناظر بطلب هذا الاستحقاق أو بطلب مبلغ منصوص على ولايته هو دون الناظر فى اتفاقه، فادعى الناظر أن هذه الولاية سقطت، أو أن الاستحقاق سقط كله أو بعضه، وأنه رفع لدى المحكمة

الشرعية المختصة دعوى لتقرير هذا السقوط، وطلب من المحكمة الأهلية إيقاف دعوى المستحق حتى يفصل فى هذا الشأن من المحكمة الشرعية، فإن هذه المحكمة ليست مجبرة على إجابة طلب الإيقاف مادام الناظر ليس بيده حكم شرعى نهائى قاض بسقوط الاستحقاق أو الولاية يعطل مفعول نص كتاب الوقف، بل لها أن ترفض الطلب متى رأته غير واضح الجدية وحكمها بهذا لا غبار عليه.

نقض ٥/٢٨ ق فى ١٩٣٦/١/١٥.

وقضت بأن: النظر على وقف غير المسلم على جهات البر الخاصة بدينه، الحق فى النظارة لا يستمد من شرط الواقف، بل من قرار المحكمة بالتعيين لا من تاريخ وفاة من شرط له الواقف النظر، تقديم طلب الإقامة فى النظر بعد صدور قانون ١٩٥٣/٢٤٧ الذى ألغى المادة ٤٧ من قانون الوقف أو وجوب تطبيق أحكام القانون الأول.

نقض ٤٠/١٣ ق فى ٧٦/٢/٤

وفى حكم لها قالت: لما كانت المادة الثانية من القانون ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الوقف تقضى على أنه إذا كان الوقف على جهة بر كان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف، ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم، كما تقضى الفقرة الثانية والثالثة من المادة الرابعة من القانون المذكور على أن من انتهت نظارته أن يسلم أعيان الوقف للوزارة خلال ستة أشهر من تاريخ انتهاء نظارته، وبأن ناظر الوقف يعد حارساً عليه حتى يتم تسليم أعيانه، وإذن فمتى كان الطاعن لم يعين بالاسم فى كتاب الوقف ناظراً عليه، فقد زالت صفته كناظر للوقف، وإن بقيت له صفة الحراسة، طالما أنه لم يثبت بالأوراق قيامه بتسليم أعيان الوقف لوزارة الأوقاف، وهذه الصفة تخول له حق

الطعن بالنقض فى الحكم الصادر ضد الوقف، لما فى اتخاذ هذا الإجـراء فى ميعاد معين من دفع ضرر يحيق بالوقف.

نقض ٩٤/٢٦ ق فى ٦١/١٢/٢٨

وقضت بأن : دعوى الاستحقاق فى الوقف لا تقبـل إلا مـن ذى شأن له صلة بالوقف هو ومن يدعى أنه تلقى الاستحقاق عنـه بحيـث لا يكون لقاضى الدعوى أن يعـرض لموضـوع هـذا الاستحقاق، أو أن يمـهد لقضائه فيه قبل تحقيق هذه الصله والتحقق منها، وإذا كان الثـابت فـى الدعوى أن الطاعنين أنكروا صلة المطعون عليهم وبمن يدعون أنـهم تلقـوا الاستحقاق عنه، وكان الحكم المطعون فيـه قـد تخلـى عـن تحقيـق هـذه الصلة، وأحـال النظر فيـها إلى محكمـة أول درجـة بعـد أن كـانت قـد استنفدت ولايتها على الدعوى بالحكم فى موضوعها، وعرض مع ذلك لموضوع الاستحقاق ومهد للقضاء فيه، بقول: إن الوقف مرتـب الطبقـات ترتيباً إفرادياً، وإن من مات صرف ما استحقه أو كان يستحقه إلى فرعه وفقاً للمادة ٣٢ من قانون الوقـف، ورتـب علـى ذلـك أن الدعـوى تكـون مسموعة شرعاً ومقبولة قانوناً، ولا مانع من السير فيها لإثبات أنهم مـن ذرية الموقوف عليها، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه.

نقض ٣/١١ ق، فى ٦٥/٦/٣٠

وقضت فـى حكـم حديـث لهـا بـأن: غـرض الواقـف، للقـاضى استظهاره من مجموع كلامه فى كتاب الوقف كوحدة متكاملة.

الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٦٦ ق ، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٠

وقضت بأن: انتهاء الخبير إلى استحقاق مـورث المطعـون ضدهـم معاشاً لربع الوقف طبقاً لحجته، قضاء الحكم المطعون فيه اعتمـاداً علـى

ما ورد بالتقرير باستحقاق المطعون ضدهم لذلك المعاش دون بيان أساس انتقال المعاش لهم من مورثهم، فساد وقصور.

الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٦٦ ق، في ١٩٩٨/١٢/٢٨

وقضى بأن: الاستحقاق في الوقف متى أطلق، فإنه ينصرف إلى استحقاق غلة الوقف ومنافعه، ويستوى في ذلك أن يكون حصة أو سهماً أو مرتباً دائماً أو مؤقتاً أو منفعة.

الطعن رقم ٢٧/١٢ ق ، س ١٠ ، ص٣٨٤.

تقول المذكرة الإيضاحية عن الفقرات الثانية والثالثة والرابعة، أما الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة العاشرة، فقد استحدثت أحكاماً جديدة، جعلت بمقتضاها المحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني، هي المحكمة المختصة ابتدائياً بدعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، وكذا دعاوى حضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته.

فالمشرع هنا قد جعل دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني هي الدعوى المحورية التي يترتب على رفعها أن تستقطب إليها جميع الدعاوى الأخرى الناشئة عن النزاع الزوجي، بما في ذلك دعوى نفقة الأقارب طالما كان أحد أطرافها طرفاً في دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني، وهنا تسقط قواعد الاختصاص المحلي والقيمي والنوعي التي تخضع لها دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمنه والانتقال به، ومسكن حضانته، وسواء في ذلك رفعت أي من هذه الدعاوى قبل رفع دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني أو رفعت بعدها.

وقد حرص المشروع على النص على أن يكون اختصاص المحكمة الابتدائية بجميع هذه الدعاوى لها وحدها دون غيرها ليحول دون أى لبس فيما استهدفه من خظر إصدار أحكام فى هذه الدعاوى من أى محكمة أخرى غير المحكمة الابتدائية المختصة بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى تكون قد رفعت إليها، حتى لو كانت محكمة مختصة أصلاً بنظر الدعوى.

وكان رائد المشرع فى ذلك، أنه إذا بلغ النزاع الزوجى ذروته بإقدام أحد طرفيه على طلب الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى، فإن المحكمة المختصة بنظر هذا الطلب تصبح هى الأقدر على النظر فى جميع فروع هذا النزاع من نفقات وحضانة ورؤية وغيرها، بحيث يكون قضاؤها فى نهاية الأمر قائما على إحاطة كاملة بأوجه النزاع، بما تتحقق معه العدالة على وجهها الصحيح.

ومن البديهى أن المحكمة الابتدائية التى ينعقد لها الاختصاص بنظر دعاوى النفقات والأجور والحضانة وغيرها من دعاوى عددتها المادة العاشرة، مما لم تكن من اختصاصها أصلا، لابد أن تكون هى المحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى، فإذا رفعت أى من هذه الدعاوى الأخيرة أمام محكمة ابتدائية غير مختصة محليا ينظرها، ودفع أمامها بعدم اختصاصها، فإنها تحيل الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة، وتحال معها أو إليها الدعاوى الأخرى التى تتبع دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى، لتفصل فيها جميعا محكمة واحدة، تكون أدرى وأقدر على إصدار حكم عادل منصف، وتأسيسا على ذلك، فقد أوجبت الفقرة الثالثة من المادة العاشرة على المحاكم الأخرى سواء كانت ابتدائية أو جزئية، أن تحيل أى من الدعاوى التى أوردتها حصرا المادة العاشرة إلى

المحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني سواء في ذلك كانت هذه الدعاوى قد رفعت قبل أو بعد رفع دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسماني.

على أنه تقديراً لأن مسألتى النفقة والرؤية لهما طبيعتهما التى تقتضى حكماً عاجلاً فى شأنهما، وتقديراً لأن المحكمة الابتدائية أصبحت تنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى ومجموعة أخرى من الدعاوى قد يقتضى البحث فيها وقتاً قد يطول عما تستلزمه طبيعة الأمور فى النفقة والرؤية، لذلك فقد أجازت الفقرة الرابعة من النص للمحكمة أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية، بل أجازت لها إن هى قدرت نفقة معينة بحكم مؤقت، ثم استبانت لها ضرورات لزيادة هذه النفقة أو لإنقاصها أن تصدر أحكاماً مؤقتة تالية بهذه الزيادة أو النقصان.

وكان الحكم السابق ضرورياً لتحقيق الهدف من عدم تقطيع أوصال المنازعة فى مجموعها، حسبما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة، بعدم جواز الطعن على الأحكام التى تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم المنهى للخصومة برمتها، وهو حكم يجعل الصورة النهائية للأمر، أنه إذا تبادل طرفى علاقة زوجية جملة دعاوى تتعلق بالنفقة والحضانة ومسكن حضانة الصغير، ثم رفع والدى الزوج أو أحدهما ضده دعوى نفقة، ثم تصاعد الخلاف الزوجى إلى طلب الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى، وتنظرها المحكمة الابتدائية المختصة جميعاً لتصدر فيها جميعاً قضاء واحداً، ينهى خصومة الطلاق الأصلية، ومعها جميع الخصومات التابعة ولكن لهذه المحكمة الابتدائية أثناء نظر وبحث مجموع هذه الخصومات أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة التنفيذ فى مسألتى النفقة والرؤية على النحو السابق إيضاحه.

وليس من شك أن حكم المادة العاشرة على هذا النحو يشكل خطوة كبيرة فى الطريق إلى محكمة الأسرة، كما ينشد إنشاؤها فى مستقبل آت.

شرح الفقرات الثانية والثالثة والرابعة

تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسمانى وهو اختصاص أصيل لها لا يشاركها فيه المحكمة الجزئية، وهذا الاختصاص للمحكمة الابتدائية هو اختصاص أساسى يقود إلى انسحاب اختصاصها على دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها، سواء كانت نفقة زوجية أو لأحد الأولاد أو الأهل أو الأقارب، كما تتبع هذه الدعاوى الأساسية دعاوى الحضانة والرؤية والضم والانتقال بالصغير ومسكن الحضانة، حرصاً من المشرع على تحقيق التيسير والتبسيط فى التقاضى، وحذراً من إصدار أحكام متضاربة، عند توزيع الاختصاص بين أكثر من محكمة، وتعبيراً عن احترام الأحكام وقدسيتها، وتكريساً لكونها عنواناً على الحقيقة.

فقه المصطلحات:

لما كانت دعاوى الطلاق والتطليق والتفريق الجسمانى، جعلها الشارع نقطة الارتكاز التى تتمحور حولها الدعاوى الأخرى فى اختصاص المحكمة الابتدائية فإن إيراد معانيها يغدو من الأهمية بمكان:

فالطلاق هو مفارقة الرجل المرأة بحل عقد الزوجية بينهما فى العاجل أو الآجل باستخدام ألفاظ معينة، ويتحقق بيد الرجل ومن صلاحياته على زوجته وفق الضوابط الشرعية والقانونية، لا يملك أحد سلبه منه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: آية ٢٣٠].

﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: آية ٢٣٧].

أما التطليق، فهو فصم الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة بحكم من القضاء، وسنده قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: آية١]، فالخطاب للرسول ﷺ القائم على الشريعة، والمخول سلطة تحكيمها وإعمال أحكامها فى المجتمع بنفسه أو بواسطة من يعينه لإنزال أحكامها على الناس.

والتفريق الجسمانى هو المباعدة بين الزوجين فراشاً ومائدة، ويتم بالانفصال الجسدى بينهما، وانقطاع المعاشرة الزوجية تحت ظلال وفى وجود الرابطة الزوجية.

تطبيقات قضائية:

فقد قضى فى تعليق الطلاق: إنه وإن كان نص المادة الثانية من المرسوم بقانون ٢٩/٢٥ ببعض أحكام الأحوال الشخصية على أنه: لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيىء أو تركه لا غير " يدل على أن المشرع أخذ برأى بعض المتقدمين من الحنفية، ارتأى أن تعليق الطلاق إن أريد به التخويف أو الحمل على فعل شيىء أو تركه، وقائله يكره حصول الطلاق ولا وطر له كان فى معنى اليمين ولا يقع به طلاق إلا أنه لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن أوقع طلاق المطعون عليها طبقاً للثابت بالإشهاد وأمام المأذون فى تاريخ بقوله: "زوجتى ومدخولتى فلانة الغائبة عن المجلس طالق منى"، وإن هذا الطلاق يعد المكمل للثلاث لسبقه بطلقتين مقيدتين، وكان المقرر فى قضاء النقض أنه يشترط فيما يقع به الطلاق أنه يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالاً بالطلاق البائن أو مآلاً بالطلاق الرجعى إذا لم تعقبه

الرجعة أثناء العدة، على أن يصادف محلاً لوقوعه، ويقع الطلاق باللفظ الصريح الصادر من الطاعن بالإشها على النحو السالف، والذى ورد منجزاً غير معلق، يقع به الطلاق طبقاً للنصوص الفقهية سالفة الذكر باعتباره منبت الصلة بما يسوقه الطاعن أن نيته انصرفت إلى إثبات طلاق معلق على شرط وقر فى ذهنه تحققه لما كان ذلك وكان لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة؛ لأن الشارع جعله حقاً للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها، وإذ ساير الحكم هذا المنهج فإنه لا يكون قد تنكب الشرع الإسلامى.

نقض ٣٠/٤٤ ق، فى ٢٨/٤/٧٦

وقضت بأن: كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث أو قبل الدخول أو على مال، وما نص على كونه بائناً، م ٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩، مفاده الطلاق نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة بائناً.

نقض رقم ٧٩٦/ ٦٨ ق، فى ٢٨/٦/١٩٩٩

وفى حكم لها ذهبت إلى أن: إشهاد الطلاق من المحررات الرسمية، إثبات الموثق أن طلاق المطعون ضده للطاعنة بائناً لوقوعه على مال – الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة – قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بتعديل وصف الطلاق من بائن إلى رجعى، رغم عدم لجوء المطعون ضده إلى الطعن بالتزوير، مخالفة للقانون.

نقض رقم ٧٩٦ / ٦٨ ق، جلسة ٢٨/٦/٩٩

وقضت بعض المحاكم بأن أحكام القانون الكاثوليكى تحرم الطلاق وعدم انحلال رابطة الزوجية، لأى سبب إلا بالموت، وهى بذلك تخالف جميع الأديان الأخرى وسائر المذاهب المسيحية، ويستعاض عن الطلاق بالتفريق الجسمانى وهو المباعدة بين الزوجين فراشاً ومائدة،

وأسباب التفريق عندهم توازى أسباب التفريق عند الطوائف الأرثوذكسية حسب المبين بشرح الاختبارات القضائية للطوائف غير الإسلامية، نقلاً عن مذكرة وزارة الحقانية، ص ٤٤.

محكمة الجمالية ٣٢/١٩٨٧، فى ٢٠/٨/٢٣ ت س

وقضت محكمة النقض بأن: التطليق لاستحكام النفور بين الزوجين، وافتراقهما ثلاث سنوات متتالية، شرطه م ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكسى، المقصود باستحكام النفور، وجوب ألا يكون راجعاً إلى خطأ الزوج طالب التطليق، لا محل لإعمال المادة متى كانت الفرقة أو واقعه الهجر المنسوبة لأحد الزوجين مردها إلى إخلال الزوج طالب التطليق بواجباته نحو الآخر.

نقض ٦٨٦/ ٦٨ ق، جلسة ١٧/٥/٩٩.

وقضت بأن: التطليق لاستحكام النفور والفرقة، م ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس شرطه: استحكام النفور بين الزوجين الذى تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة واستطالة الفرقة بينهما بسبب هذا النفور مدة ثلاث سنوات متصلة وألا يكون طالب التطليق المتسبب فى الفرقة.

نقض ٦٨/٧٧ ق، جلسة ٢٢/٣/٩٩

وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاماً مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو تقرير نفقة وقتية...

لما كان ذلك، وكانت المحكمة الابتدائية المختصة محلياً بنظر قضايا الطلاق والتطليق والتفريق الجسمانى، هى صاحبة الاختصاص فى الدعاوى الأخرى المرتبطة بهذه الدعاوى المحورية ومرتبة عليها، فإن على المحاكم الابتدائية والجزئية غير المختصة بنظر الدعاوى الأساسية أن تحيل الدعاوى الأخرى كحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه

ومسكن حضانته إلى المحكمة الابتدائية المختصة محلياً، ليصدر فيها حكم قطعي يحسم النزاع، وتتقرر به الأوضاع بحسبان أن المحكمة الأخيرة هي الأقدر على بحث هذه الدعاوى بحكم إحاطتها بكافة وقائع الخلافات الزوجية، وعلى دراية بتفصيلات الأنزعة بين الزوجين، ومن ثم تكون الأجدر بالفصل في هذه القضايا، بجانب أن هذه الدعاوى جميعاً الأصلية والتابعة مرتبطة سوياً، ويحكمها خط قاعدى واحد ونفس الخصوم.

وأخذاً فى الاعتبار كافة الظروف والملابسات التى تحيط بالقضايا الأساسية فى الطلاق والتطليق والانفصال الجسدى وما يحدث بالنسبة لها من استطالة ولدد فى الخصومة بين الطرفين وحرصاً على عدم تعطيل ما ينبغى الفصل فيه تلافيا للأضرار التى لا تحتمل التأخير، فقد خول المشرع للمحكمة الابتدائية أن تصدر أحكاماً وقتية فى مسائل النفقة والرؤية، بسبب طبيعتها الخاصة وحتمية التعامل معها بحكم وقتى واجب التنفيذ، لضرورتها فى الإعاشة وإبقاءً على التواصل والرعاية الواجبة للصغير، بل إن للمحكمة أن تعدل عن قرارها فى النفقة لتصدر حكماً آخر بطلب من صاحب الشأن بالزيادة أو النقصان، رعاية لذات المعنى المشار إليه.

وبالنظر إلى أن الأحكام المتعلقة بالنفقة والرؤية أحكام مؤقتة، وتابعة للدعوى الأصلية، فلا يجوز الطعن عليها أثناء سير الدعوى الأصلية، وقبل الفصل فيها جميعاً بحكم نهائى يحسم جوانب الخصومة فى صورها المختلفة المتعلقة منها بالدعاوى الأصلية والدعاوى التابعة.

هذا المنحى الذى سلكه المشرع، أراد به تحقيق الفلسفة التى يتطلبها بشدة إصلاح نظام التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، وهى لم شتاتها وتجميعها قدر الإمكان فى محكمة واحدة، توقياً للمعاناة

الشديدة والاستطالة وتوفيراً للجهد والنفقة التى يتسم بــها التقاضى فـى مجال الأحوال الشخصية.

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التى تصدر أثنــاء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائى فيها.

لا يجوز الطعن على الأحكام المؤقتة الواجبة النفاذ بشأن الرؤية، أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قررته من نفقة بالزيادة أو النقصان، حيث إن إجازة الطعن على تلك الأحكام المؤقتــة مـن شـأنه أن يعمل علــى تفكيـك عنـاصر الدعـوى ويجعـل كـل منـها بمعـزل عـن الأخـرى، فتضيـع القواسـم المشـتركة التـى تعـين القـاضى علــى تفــهم مكوناتها، والوقوف على أبعادها، ولا يظهر جوانب الصورة كلها بسبب تعدد المحاكم المنظورة أمامها هذه الأحكـام، ومـا عسـى أن يحـدث مـن تضارب فى الفصل فيها، فضلاً عن فوات غـرض المشـرع مـن تخصيـص محكمة واحدة، للفصل فى هذه الدعـاوى المرتبطـة جميعـاً أمامـها، ومـا يتمخض عن ذلك من إطالة أمد التقاضى.

أما عند صدور حكم نهائى فى القضية، وهو الحكم الذى يحسـم النزاع من أصله، ويقطع فيه بالنسبة لعناصر الدعوى وللخصـوم جميعـاً، فإنه يجوز الطعن فى هذا الحكم.

المــادة (١١)

تختص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتــها توثيـق عقد زواج الأجانب بالحكم فى الاعتراض على هذا الزواج، أو طلــب الحجـر على أحد طرفى العقد إذا كان القانون واجــب التطبيـق، يجعـل الحجـر سبباً لزوال أهليته للزواج، ويترتب على إقامة الدعوى وقف إتمام الزواج حتى يفصل نهائياً فيها.

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجــر ورفعـه، وتعيـين القيم ومراقبة أعماله، والفصــل فــى حساباته وعزلـه واستبداله، والإذن للمحجور عليه بتسليم أمواله لإداراتها وفقاً لأحكام القانون، وسلب هــذا الحق أو الحد منه وتعيين مأذون بالخصومة عنه، وتقدير نفقه للمحجـور عليه فى ما له، والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربيـة وبين القيم فيما يتعلق بالإنفاق على المحجور عليه.

المذكرة الإيضاحية:

تقول: والفقرة الأولى من المادة (١١) تقابل نـص المــادتين (٨٩١، ٨٩٣) من قــانون المرافعـات بعـد جمعـها وتنقيـح أحكامـها فـى صياغـة جديدة تضمنتها هذه الفقرة، وتقضى باختصاص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيق عقد زواج الأجانب بالحكم فى الاعتراض علــى هذا الزواج، أو طلب الحجر على أحد طرفى عقد الزواج إذا كان القانون واجب التطبيق يجعل الحجر سبباً لزوال سـبب أهليتـه للـزواج، أى أن مناط اختصاص المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتــها توثيـق عقـد الزواج بطلب الحجر على أحد طرفى العقد، هو أن يكون توقيع الحجــر وفقاً لأحكام القانون الواجب التطبيـق، مؤديـاً إلى زوال أهليـة مـن وقـع الحجر عليه للزواج، أى أن المعيار هنا يتعلق بتحديد المحكمة المختصـة بالحكم فى الاعتراض على زواج الأجانب، واختصاصها بطلب الحجـر

فى هذه الحالة يتأتى من أن طلب الحجر ينزل منزلة الاعتراض على الزواج على التفصيل السابق شرحه.

تناولت المادتان (٨٩١، ٨٩٣) مرافعات إجراءات الاعتراض على الزواج، والحجر، ونصهما:

م ٨٩١: يرفع الاعتراض على الزواج إلى المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها توثيقه بصحيفة تعلن بناء على طلب المعترض إلى طرفى العقد وإلى الموثق، وتشتمل على بيان صفة المعترض وموطنه المختار فى البلدة التى بها مقر المحكمة وسبب اعتراضه وحكم القانون الأجنبى الذى يستند إليه، ويوقف إعلان الصحيفة إتمام توثيق الزواج حتى يفصل نهائياً فى الاعتراض.

وتفصل المحكمة فى الاعتراض على وجه السرعة.

ويجوز للمحكمة فى حالة الحكم برفع الاعتراض أن تحكم بإلزام المعترض من غير الوالدين بالتعويضات، إن كان لها وجه.

وقد علقت المذكرة الإيضاحية على هذه المادة بقولها : وغنى عن البيان أن الحق فى الاعتراض على الزواج وأسبابه، وتعيين الأشخاص الذين يجوز لهم ذلك هو مما يجب الرجوع فيه إلى القانون الواجب التطبيق .. والمقصود من هذا النص هو تقرير إعفاء الوالدين من إمكان مقاضاتهما التضمينات بسبب اعتراضهما على عقد الزواج إذا رفض هذا الاعتراض، وهو حكم مقرر فى معظم الشرائع يراد به عدم الحد من حرية الوالدين، أما فيما عدا ذلك فالنص متفق مع القواعد العامة فى الطلبات العارضة، وبديهى أن التضمينات لا يحكم بها إلا بناء على طلب من أحد طرفى العقد.

م٨٩٣: إذا طلب الحجر على أحد طرفى العقد، وكان قانون بلده يجعل الحجر سبباً لزوال أهليته للزواج، فللنيابة العامة أن تأمر الموثق بوقف إتمام توثيق العقد، حتى يفصل نهائياً فى طلب الحجر.

وقالت المذكرة الإيضاحية تعليقاً عليها:

والفكرة فى قصر هذه الرخصة على النيابة دون ذوى الشأن أن الاعتراض فى هذه الحالة، ليس إعمالاً للقانون الواجب التطبيق، وأن النيابة العامة بوصفها ممثلة للجماعة تستطيع إذا قدرت أسباب الجدية فى طلب الحجر، أن تمنع توثيق العقد، فتنفى بذلك ما يترتب عليه من آثار قد لا يمكن تلافيها، ويجوز التظلم من أمر النيابة على غرار التظلم من امتناع الموثق فى توثيق عقد الزواج أو عدم إعطائه شهادة مثبتة للامتناع إلى قاضى الأمور الوقتية، وفقاً للمادة ٨٨٨.

فى فقه المصطلحات

الحجر هو المنع، وفى مصطلح الفقه، هو المنع من التصرف وفق ضوابط معينة، وتخلص أسباب الحجر فى الصغر أو الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، وترجع كلها إلى زوال الأهلية أو نقصانها، والأثر المترتب عليه هو منع تصرف المحجور عليه فى ماله، وإبرام عقوده، ولا يمنع الحجر على الشخص أن يضمن ما أتلفه للغير، إحياءً لحق المتلف عليه، وإزالة للضرر الحاصل فى ماله.

وينازع الإمام أبو حنيفة فى الحجر على السفيه، إذا كان بالغاً عاقلاً، لكونه يتعارض مع الحرية الإنسانية، والكرامة الآدمية، ولتوفر الأهلية لديه من العقل والبلوغ، لكن جمهور الفقه يرى الحجر على السفيه، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: آية ٥]، ولأن الرسول ﷺ باع على معاذ ماله وقضى

ديوينه، ويمنع أبو حنيفة الحجر على السفيه؛ لأن الرسول لم يحجر على حبان بن منقذ، مع أنه كان يغبن في البياعات، وأرشده بقوله: إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام.

ويمضى الفقه الحنفى تأثراً برأى الإمام إلى أنه حتى لو صدر حكم الحجر على الشخص من القاضى فلا يؤثر الحجر على صحة تصرفاته المتعلقة بالنكاح والطلاق والوصية والإقرار بالجنايات – الحدود والقصاص – وإنما النكاح من المحجور عليه؛ لأنه من الحوائج الأصلية شريطة أن يكون الزواج بمهر المثل[1].

فى الاختصاص القضائى

ومن ناحية أخرى، فإن توثيق الزواج يكون أمام مكاتب التوثيق باعتبارها الجهة المحلية الوحيدة المختصة بإبرام الزواج بين الأجانب والمصريين سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين، وسواء كانوا غير مسلمين متحدين أم غير متحدين فى الملة.

ومتى كان إبرام الزواج أمام مكاتب التوثيق المصرية، فإن أى معارضة فى ذلك الإبرام، يجب أن تختص بها المحاكم المصرية، وهذا من شأنه تسهيل مهمة الموثق المصرى، وكذلك سرعة الفصل فى الدعوى المقامة، إذ تكون المحكمة المصرية هنا أقرب إلى الجهة التى قامت بإبرام الزواج، وهذا لا يمكن تداركه لو أننا علقنا مهمة الموثق المصرى لحين الفصل فى المعارضة فى إبرام الزواج من جانب محكمة أجنبية[2]. وبالطبع فإن المحكمة المصرية المختصة هى المحكمة الابتدائية التى يجرى فى دائرتها التوثيق بالفصل فى الاعتراض على زواج الأجنبى،

١- الموصلى، الاختيار، جـ ٢، ص ١٣٤.

٢- د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ٢٠٠٠، ص ١٦٦.

والأثر المترتب على نظر المحكمة فى هذا الاعتراض، هو وقف إتمام الزواج حتى يفصل نهائياً فى مسألة الاعتراض على زواج الأجنبى.

المذكرة الإيضاحية:

تناولت بالتعليق الفقرة الثانية من المادة (١١) بقولها : إن هذه الفقرة تقابل حكم المادة (٩٧٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، فى بيان اختصاص المحكمة الابتدائية بكافة ما يتعلق بتوقع الحجر ورفعه وتعيين القيم، ومراقبة أعماله على التفصيل الوارد بوضوح قاطع فى النص.

وقد جاء نص المادة (٩٧٣) مرافعات على أن تختص المحكمة الابتدائية بالفصل ابتدائياً فيما يأتى:

١- المسائل المذكورة فى المادة السابقة، إذا تجاوز المال خمسة آلاف جنيه.

٢- توقيع الحجر ورفعه.

٣- تعيين القامة ومراقبة أعمالهم والفصل فى حساباتهم وعزلهم واستبدال غيرهم بهم، والإذن للمحجور عليه بتسلم أمواله لإداراتها وفقاً لأحكام القانون، وسلب هذا الحق أو الخدمة، وتعيين مأذون للخصومة عن المحجور عليهم، وتقدير نفقة للمحجور عليه فى ماله، والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولى النفس وولى التربية من ناحية، والقيم من ناحية أخرى بشأن الإنفاق على المحجور عليه.

٤- سلب الولاية أو الحد منها أو رفعها.

علقت المذكرة على المادة بقولها : روعى فى جعل سلب الولاية أو رفعها أو الحد منها من اختصاص المحكمة الابتدائية وحدها وأن

سلب الولاية هو من قبيل الحجر بالنسبة للولى؛ لأنه يحرمه من حق من أهم حقوقه الطبيعية، وهو حق الولاية على أولاده، فضلاً عن أن المشرع قد خص المحكمة الابتدائية وحدها بسلب الولاية على النفس، والصلة بين نوعى الولاية لا تخفى.

إن ملاحظة ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١١) يبين بجلاء الاختصاص الواسع للمحكمة الابتدائية فى المسائل المتعلقة بالحجر، من حيث إصدار حكم بتوقيعه، وإزالته، وتعيين القيم ومتابعته، ومراجعة ما يقوم به من تصرفات مالية وشئون حسابية، كذلك أمر استبداله بآخر، وتنحيته من عمله كقيم على القاصر... إلخ ما ورد بالفقرة، بما يكشف عن حرص كامل عن إناطة شئون الحجر، وملاحظة أمور المحجور عليه، حفاظاً على ماله، وتهيئة أفضل السبل لصيانتها وتنميتها.

تطبيقات قضائية:

ذهبت محكمة النقض إلى أن: توقيع الحجر لا يقصد به توقيع عقوبة على من اعتراه عارض من عوارض الأهلية، وإنما يستهدف المشرع حماية أمواله بأن يدرأ ما قد يؤدى بماله، فيصبح عالة على المجتمع، ولذلك لا يشترط لتوقيع الحجر ثبوت حصول تصرفات للمطلوب الحجر عليه، تدل على فساد التدبير، طالما تحقق موجب الحجر بقيام حالته.

نقض ٤٤/٣٣ ق ، س ٢٨، ص ١٢٩

وقضت بأنه : إذا زوج المعتوه نفسه أو زوجه وليه الأبعد مع وجود الأقرب، فالأحناف يرون أن هذا العقد موقوف على إجازة الولى الأقرب، فإن أجازه نفد وإلا بطل.

نقض رقم ٣٩/٧ ق ، س ٢٤ ، ص٣٧١

كما قضت المحكمة بوجـوب تطبيـق القـانون المصـرى فـى شـأن الشروط الموضوعية لصحة زواج المصرى من أجنبيـة، المادتـان (١٢، ١٤) مدنى.

نقض رقم ١٩٤/٦٤ ق، في ١٩/١٠/١٩٩٨

المادة (١٢)

إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها، عهدت بها إلى من يلى من سلبت ولايته أو أوقفه وفقاً للقانون الواجب التطبيق، ثم إلى من يليه بالتتابع، فإن امتنع من عهد إليه بها بعد إخطاره على النحو المنصوص عليه فى المادة (٣٠) من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية، فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية

وتسلم الأموال فى هذه الحالة إلى النائب المعين بوصفه مديراً مؤقتاً، وذلك بعد جردها على النحو الوارد بالمادة (٤١) من هذا القانون.

وتتخذ النيابة العامة على وجه السرعة الإجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشمول بالولاية.

المذكرة الإيضاحية:

تقول فى تعليقها على المادة: واجهت المادة (١٢) من المشروع، المقابلة للمواد (٩٢٤، ٩٢٦، ٩٢٧) من قانون المرافعات، حالة ما إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها، إذ أناطت المحكمة فى هذه الحالة أن تعهد بالولاية إلى من يلى من سلبت ولايته أو أوقفت ثم من يليه بالتتابع، فإن امتنع من عهد إليها بها، بعد إخطاره على النحو المنصوص عليه فى المادة (٤١) من المشروع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية، جاز للمحكمة أن تعهد بالولاية لأى شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية، وفى هذه الحالة تسلم الأموال - بعد جردها على النحو المبين بالمادة (٤٢) إلى النائب المعين، وتلتزم النيابة العامة فى هذه الحالة باتخاذ الإجراءات اللازمة لتعيين وصى على المشمول بالولاية.

ويسرى حكم هذه المادة علـى المصريين والأجانب، ويتبع فى شأن من يعهد إليه بالولاية القانون الواجب التطبيق فى كل حالة.

النصوص المقابلة:

هى المواد (٩٢٤، ٩٢٦، ٩٢٧) من قانون المرافعات ونصها:

م ٩٢٤: لرئيس المحكمة – بعد سماع أقوال النيابة – أن يأمر بتسليم المشمول بالولاية مؤقتاً لأمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية، وله أن يقرر منع الولى مؤقتاً من مباشرة كل أو بعض حقوقه، وأن يتخذ بوجه عام ما يراه لمصلحة المشمول بالولاية من الإجراءات الوقتية.

قالت المذكرة الإيضاحية للمادة: وأهم ما ورد فى هذا المشروع، ما نصت عليه المادة ٩٢٤ من أن لرئيس المحكمة – بعد تقديم الطلب إليه – أن يأمر باتخاذ ما يراه لمصلحة المشمول بالولاية من الإجراءات الوقتية، كأن يأمر بتسليمه لإحدى المؤسسات الاجتماعية أو لأمين إذا قدر أن فى بقائه لدى وليه ما يخشى عليه منه، كما أن له أن يأمر بالحد مؤقتاً من ولاية الولى، فيمنعه من مباشرة كل حقوقه أو بعضها ويباشر رئيس المحكمة هذه السلطة بناء على طلب كل ذى شأن أو النيابة.

م ٩٢٦: إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها، عهدت بها إلى من يلى المحكوم عليه فيها، وفقاً لقانون بلد المشمول بالولاية، فإن امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك، جاز للمحكمة أن تعهد بها لأى شخص آخر، ولو لم يكن قريباً للصغير متى كان معروفاً بحسن السمعة، وصالحاً للقيام على تربيته أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض، وتتبع فى حالة الامتناع الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٩٨٨.

وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية، عهدت بمباشرة الحقوق التى حرمت الولى منها إلى أحد الأقارب أو إلى شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة على حسب الأحوال.

م ٩٢٧ : إذا كان من أقيم على المشمول بالولاية، ليس من أصحاب الولاية على ما له بمقتضى قانون بلده، سلم إليه بوصفه مديراً مؤقتاً، ويحرر بذلك محضر جرد وفقاً لأحكام المادة ٩٦٥، ويجب على النيابة العامة اتخاذ الإجراءات لإقامة وصى.

ومع ذلك إذا كان المشمول بالولاية على ماله، سلمت أمواله إليه.

فقه المصطلحات:

سلب الولاية: حرمان الولى من صلاحياته المقررة على مال القاضى بكف يده عن إدارتها أو التصرف فيها.

وقف الولاية: كف الولى عن ممارسة سلطاته على أموال القاصر، بمنعه من إدارتها أو التصرف فيها خلال مدة معينة، أما الحد من الولاية فإنه سلب الولى من ممارسة بعض سلطاته.

وتقضى المحكمة بسلب الولاية وفقاً للمادة ٤٩ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢:

١- إذا قام بالوصى سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية، ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه، وفقاً للمادة ٢٧ من قانون الولاية على المال.

٢- إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر.

وتقضى المحكمة بوقف الولاية طبقاً للمادة ٤٨ من قانون الولاية على المال إذا توافرت أسباب جديدة تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته، أمرت المحكمة بوقفه.

شرح المادة

والواقع من الأمر أن سلب الولاية أو وقفها مردها إلى إخلال الوصى بصفة الأمانة التى تشكل عنصراً جوهرياً فى القيام بمسئولياته، أو بسبب يرجع إلى عدم كفاءته وقصور إدارته عن تحقيق مصلحة القاصر، وهى مبررات تقضى بعزل الولى أو الوصى رعاية لمصلحة الصغير وخشية من تضييع أمواله.

وبموجب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٢) توكل المحكمة إلى من يليه فى الولاية - وهى على الترتيب الأب فوصى الأب ثم الجد الصحيح - أمر إدارة أموال القاصر والتصرف فيها، فإذا لم يقبل أو لم يكن كفؤ للقيام بالولاية، فإن للمحكمة أن توكل الولاية على مال القاصر لأى شخص طبيعى و معنوى متى كان قادراً على القيام بأعبائها، ومؤهلاً لها.

وتلتزم النيابة العامة بوصفها الأمينة على المصلحة الاجتماعية باتخاذ الإجراءات الكفيلة بتعيين الوصى على القاصر، على وجه السرعة، على النحو الذى يقوم على شئونه ويحفظ مصالحه.

ولا فرق فى تطبيق هذه المادة لسلب الولاية أو وقفها، وتعيين الوصى بين المصريين والأجانب، على أن تقوم المحاكم المصرية بتطبيق القانون الواجب التطبيق فى كل حالة.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن النص فى المادة ٢٠ على أنه: إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر يدل على أن المشرع لم يحدد أسباب سلب الولاية أو الحد منها على سبيل الحصر، وضرب لها مثلاً، وجعلها منوطة بمصلحة القاصر، ويجب أن تزول أو يحد منها، والقاضى له مطلق الحرية فى تقدير أى سبب يتبينه قد يؤدى إلى تعرض مال القاصر للخطر دون استلزام بلوغ هذا السبب مبلغ الجريمة، ولذلك يتعين الفصل فى سلب الولاية دون تعليقه على الفصل فى الدعوى الجنائية إذا كانت قد أقيمت فعلاً.

نقض رقم ٤٥/٣٤ ق، س ٢٧، ص ١٨٤٩

كما قضى بأن للمحكمة مطلق الحرية فى تقدير ما تستلزمه مصلحة القاصر من سلب الولاية أو الحد منها تبعاً لسوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر، يجعل أموال القاصر فى خطر، إذ أن الولاية منوطة بالمصلحة فمتى انتفت وجب أن تزول.

نقض ٤٤/٣١ ق، س ٢٧، ص ١٧٣١

وقضت المحكمة بأنه: ولما كان تقدير الظروف التى تبرر رد الولاية إلى الولى، بعد الإذن له بالتنحى، بما يجعله قادراً على تحمل أعبائها، هو مما يستقل به قاضى الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة، ولما كان يبين مما أورده الحكم أنه استخلص من وقائق الدعوى، ومن مستنداتها، أن الجد أصبح قادراً على القيام بما تتطلبه رعاية القاصر من واجبات والتزامات، مما يتعين معه رد الولاية إليه، واستند الحكم فى ذلك إلى اعتبارات سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها.

لما كان ذلك، فإن القرار المطعون فيه، لا يكون قد خالف القانون، ويكون الطعن عليه لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً، لا يجوز قبوله أمام محكمة النقض، وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن.

نقض رقم ٥/ فى ٧٤/١/٢٣

وقضت بأن: الطعن بالنقض فى القرارات الصادرة فى مسائل الولاية على المال، قصره على المسائل المبينة على سبيل الحصر فى المادة ١٠٢٥ مرافعات، عزل الوصى وتعيين الأم وصية، وتعيين الأم وصية، عدم اندراجه بين هذه المسائل، أثره عدم جواز الطعن بالنقض.

نقض رقم ٢٧٩/ ٦٤، فى ٩٩/٥/١٧

المادة (١٣)

تختص المحكمة التى تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو المقدم من المدير المؤقت والفصل فى المنازعات المتعلقة بهذا الحساب.

المذكرة الإيضاحية

تقول: وحددت المادة (١٣) من المشروع المحكمة المختصة باعتماد الحساب المقدم من النائب المعين عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو من المدير المؤقت، إذ أناطت الاختصاص به إلى المحكمة التى تنظر المادة الأصلية دون غيرها، كما تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات المتعلقة بهذا الحساب، ومؤدى ذلك أنها تختص بالفصل فى طلب إلزام النائب بتقديم الحساب أو بأداء مبلغ معين مترتباً فى ذمته، أو طلب التصديق على الحساب، أو براءة ذمة النائب من مبلغ معين ناشئ عن إدارته لأموال المشمول بالولاية، ففى كل هذه الحالات يتعين طرح المنازعة أو الطلب على المحكمة المنظور أمامها مادة الولاية على المال، باعتبار أنها الأقدر على الفصل فى حساب الإدارة التى تشرف عليها، ومن ثم إذا رفعت دعوى بأى من هذا الطلبات أمام محكمة أخرى، وجب عليها القضاء بعدم الاختصاص والإحالة من تلقاء نفسها باعتبار أن قواعد الاختصاص النوعى من النظام العام.

ويقابل نص المشروع ما ورد بالمادة (١٠٠٨) من قانون المرافعات مع إضافة حالة النائب عن ناقص الأهلية لاتحاد العلة مع النائب عن عديم الأهلية والغائب، وكذا ما ورد بعجز المادة من الفصل فى المنازعات المتعلقة بالحساب المقدم.

النصوص المقابلة:

تنص المادة المقابلة للمادة (١٣) وهى المادة ١٠٠٨ مرافعات على أن: تختص المحكمة المنظورة أمامها المادة دون غيرها بالفصل فى حساب الغائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب أو المدير المؤقت.

وفى توضيح لهذه المادة من المذكرة الإيضاحية قالت:

وقضت المادة ١٠٠٨ بأن يكون الاختصاص المتعلق بالحساب للمحكمة المنظورة أمامها المادة، فسواء أ رفعت الدعوى على النائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب أو المدير المؤقت بطلب إلزامه بتقديم الحساب أو بأداء مبلغ معين باعتباره مترتباً فى ذمته أم رفعت من أحد هؤلاء بطلب التصديق على الحساب أو بإبراء ذمته من مبلغ معين ناشئ من إدارته .. فإن المحكمة المختصة هى المنظورة أمامها المادة، وقد روعى فى ذلك أنها أقدر من غيرها من المحاكم على الفصل فى حساب الإدارة التى تشرف عليها وتوجهها وفقاً للقانون، وظاهر أن مناط اختصاص المحكمة أن تكون المادة لا تزال قائمة لديها، فإذا انتهت بانتهاء الولاية على المال أصبح اختصاصها قاصراً على الفصل فيما قدم إليها من الحساب فعلاً وفقاً للمادة ٩٧٠.

فقه المصطلحات

عديم الأهلية: هو الشخص الذى انعدم الإدراك والتمييز لديه أو أصيب فى عقله، مثل المجنون والمعتوه والصبى غير المميز، وهذا الشخص مرفوع عنه الخطاب الشرعى والقانونى بقول الرسول ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبى حتى يحتلم).

ناقص الأهلية: هو الشخص الذى لم يكتمل إدراكه أو الذى أصابته آفة فأثرت على ضبط الأمور وتقديرها على الوجه السليم، مثل السفيه وذى الغفلة والصبى المميز.

شرح المادة

عقد المشرع الاختصاص فى اعتماد الحساب المقدم من الوصى على عديم الأهلية أو ناقصها أوالغائب أو المدير المؤقت للمحكمة المعروض أمامها مادة الولاية على المال، على اعتبار أن اعتماد الحساب بكل مشتملاته من حيث تقديمه إلى المحكمة، وانشغال ذمة الوصى به، ومحاسبة المحكمة له، وإبراء ذمته منه، هو شأن مالى يندرج فى جملة الولاية على المال، ويتعلق تعلقاً أكيداً بمادة الولاية على المال، فهو من مفردات هذه الولاية، ومن عناصرها التى تتكون منها، والمحكمة بمقتضى بحثها الولاية على المال، أجدر بمعرفة الحساب المقدم، وأكثر دراية بإصدار حكمها عليه، ومن مصلحة القاصر، وضبط مادة الولاية، أن يعرض الموقف المالى برمته على المحكمة لتفصل فيه وتحقيقاً لهذا الفرض، فإن أى محكمه أخرى غير المحكمة المنظورة أمامها مادة الولاية على المال تستبعد من نظر الحساب المقدم واعتماده؛ لأن هذا الاستبعاد منشؤه أن قواعد الاختصاص من النظام العام، الذى يتعين أن تقضى به المحكمة المعروض عليها الحساب وهى غير مختصة أن تحكم بعدم اختصاصها، وأن تحيل الأمر إلى المحكمة المنظور أمامها مادة الولاية على المال من تلقاء نفسها، ودون طلب من أحد الخصوم، وبذلك يسلم الاختصاص للمحكمة المعروض عليها مادة الولاية على المال، ويكون حكمها فيه محققاً للعدالة، والمصلحة مستقى من اعتبارات الواقع والقانون.

المادة (١٤)

تختص المحكمة التـى قضـت بانتـهاء الولايـة علـى المـال بنظـر مادتى الحساب، وتسليم الأموال، وذلك حتى تمام الفصل فيهما.

كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقـة بالأحكـام والقـرارات الصادرة منها فى هذا الشأن.

المذكرة الإيضاحية

قالت: واستحدث المشروع فى المـادة (١٤) منـه حكمـاً جديـداً، أناط بموجبه للمحكمة التى كان مطروحاً عليها مادة الولاية علـى المـال، الاختصاص بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال وذلك حتى تمام الفصل فيما يثور من منازعات بشأن الحساب وتسليم الأموال، كما أنها تختـص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة منها فى هـذا الشأن.

والحكم الذى استحدثه المشروع فى هذه المـادة، يتضمـن خروجـاً على ما أورده قانون المرافعات من ناحيتين:

الأولى: مخالفته لما ورد بالمادة(١٠٠٨) من قانون المرافعات التـى كانت تجعل مناط اختصاص المحكمة بالفصل فـى الحسـاب المقـدم مـن النائب، أن تكون مـادة الولايـة علـى المـال لازالـت قائمـة لديـها، فـإن انتهت بانتهاء الولاية على المال، أصبح اختصاصها قاصراً علـى الفصـل فيما قدم إليها من حساب على نحو ما كانت تنص عليه المـادة (١٩٧٠) من قانون المرافعات، فجاء نص المشـروع صريحـاً فـى بقـاء الاختصـاص بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال للمحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال حتى تمام الفصل فيها.

والخروج الثانى على ما ورد بقانون المرافعات، هو ما ورد بعجز المادة، حين أناط بالمحكمة التى كان مطروحاً عليها مادة الولاية على المال بالفصل فى منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة منها فى هذا الشأن، وذلك بالمخالفة لما ورد بالمادتين (٢٧٤، ٢٧٥) من قانون المرافعات التى كانت تجعل الاختصاص لقاضى التنفيذ، وذلك باعتبار أن تلك المحكمة هى الأقدر على الفصل فى تلك المنازعات، لكونها المهيمنة على إدارة مادة الولاية على المال، بما فى ذلك تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها فى هذا الشأن.

النصوص المقابلة

خرج المشرع بما أورده فى المادة (١٤) على نصوص المواد (١٠٠٨، ٩٧٠، ٢٧٤، ٢٧٥)، وبما أنه قد سبق عرض المادة ١٠٠٨ والتعليق عليها فنكتفى به ونحيل إليه.

م ٩٧٠: لا تتبع الإجراءات والأحكام المقررة فى هذا الباب، إذا انتهت الولاية على المال، ومع ذلك تظل المحكمة المرفوعة إليها المادة مختصة بالفصل فى الحساب الذى قدم إليها، وفى تسليم الأموال وفقاً للإجراءات والأحكام المذكورة.

وعلقت المذكرة الإيضاحية عليها بقولها:

وأوردت المادة ٩٧٠ قاعدة عامة فى مدى تطبيق أحكام هذا الباب من حيث الزمن، على أنه إذا انتهت الولاية القضائية على المال لأى سبب من أسباب انتهائها كعودة الأب إلى ولايته أو زوال سبب عدم الأهلية أو وفاة عديم الأهلية أو عودة الغائب أو ثبوت موته، لا تتبع إجراءات الأحكام المذكورة إلا فى تسليم الأموال من النائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب، وفى الفصل فى الحساب المقدم للمحكمة فعلاً،

أما ما عدا ذلك من المسائل ولو اتصل بإدارة الأموال، فيتبع فى الدعوى به الإجراءات العادية، ويخضع لقواعد الاختصاص العامة.

وقد خالفت المادة (١٤) هذا النظر، حين أبقت الاختصاص بنظر مادتى الحساب وتسليم الأموال للمحكمة التى قضت بانتهاء الولاية على المال حتى تمام الفصل فيها.

م ٢٧٤ : يجرى التنفيذ تحت إشراف قاضى التنفيذ، يندب فى مقر كل محكمة جزئية من بين قضاة المحكمة الابتدائية، ويعاونه فى ذلك عدد كافٍ من المحضرين، وتتبع أمامه الإجراءات المقررة أمام المحكمة الجزئية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وجاء بالمذكرة الإيضاحية حول هذه المادة:

خول المشروع قاضى التنفيذ اختصاصات وسلطات واسعة فى كل ما يتعلق بالتنفيذ، فيجعله مختصاً دون غيره بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ، وبالفصل فى كل المنازعات المتعلقة به، سواء كانت منازعات موضوعية أو وقتية، وسواء كانت من الخصوم أو من الغير، كما خوله سلطة قاضى الأمور المستعجلة عند فصله فى المنازعات الوقتية، وهى المنازعات التى يكون المطلوب فيها إجراءً وقتياً.

م ٢٧٥ : يختص قاضى التنفيذ دون غيره بالفصل فى جميع منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أياً كانت قيمتها، كما يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ.

ويفصل قاضى التنفيذ فى منازعات التنفيذ الوقتية، بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة.

ويشترط لكى تكون المنازعة متعلقة بالتنفيذ فى معنى المادة (٢٧٥) مرافعات:

أولاً: أن يكون التنفيذ جبرياً.

ثانياً: أن تكون المنازعة منصبة على إجـراء مـن إجـراءات التنفيـذ أو مؤثرة فى سير التنفيذ وإجراءاته، أما المنازعات التـى لا تمـس إجراء من إجراءات التنفيذ وجريانـه، فـلا تعتـبر منازعـة فـى التنفيذ، وبالتالى لا تدخل فى اختصاص التنفيذ[1].

وقد خالفت المادة (١٤) مرة أخرى أحكام المادتين (٢٧٤، ٢٧٥) مرافعات حين جعلت المحكمة المعروضة عليها مادة الولاية علـى المـال، مختصة بنظر منازعات التنفيذ، وكل ما يتعلق به، وأخرجته مـن ولايـة قاضى التنفيذ إلى ولاية قاضى مادة الولاية على المال.

شـرح المـادة

إن ما أتت به المادة (١٤) من القـانون باسـتمرار محكمـة الولايـة على المال بالفصل فى مادتى الحسـاب وتسـليم الأمـوال، وإصـدار حكـم بشأنهما، على الرغم من إصدارها حكماً بانتهاء الولاية، هو إجراء يتغيـا المصلحة فى طرح مسألتى الحساب وتسليم الأموال على المحكمة الأعرف بطبيعة الموضوع والأكثر دراية بأبعادها وجوانبـها، والأسـرع فـى الفصـل فى المادة، لكونها علـى إحاطـة بـالموقف، ولديـها الصـورة الكاملـة عـن المنازعة، الأمر الذى يمكنها من سرعة الفصل فيها، فإن لجوء المتقـاضى إلى قاضى هذه المحكمة، هو لجوء إلى قاضيه الطبيعى.

ومن ناحية أخرى، فـإن اختصـاص محكمـة الولايـة علـى المـال بالفصل فى منازعات التنفيذ، المتعلقة بالقرارات والأحكام الصادرة منـــها فى خصوص مـادتى الحسـاب وتسـليم الأمـوال أو غيرهمـا مـن مفـردات الولاية على المال هو امتداد طبيعى، وإجراء تكميلـى، تتـم بـه المحكمـة

---

[1] - م. مصطفى هرجه، الموسوعة القضائية فى المرافعات المدنية والتجارية، جـ ٢، ص ٤٤٩.

عملها وتستوفيه إذ أن التنفيذ جزء أساسى لازم لإصــدار الأحكـام، وهـو الهدف المرجو فى نهاية المطاف، والقول بغير ذلك يجعل الأحكام مجرد حبر على ورق، ويجردها من فاعليتها، ويسلبها قوتها، ويؤدى إلى إهدار العدالة.

المـادة (١٥)

يتحدد الموطن فى مفهوم هذا القانون، على النحـو المبـين بـالمواد (٤٠، ٤٢، ٤٣) من القانون المدني.

وبمراعـاة أحكـام المـادتين ١٠ ، ١١ مـن هـذا القـانون ينعقـد الاختصاص للمحكمة التى تقع فى دائراتها موطن المدعى عليـه، فـإن لم يكن له موطن فى مصر، تختص المحكمة التى يقـع فـي دائرتـها موطـن المدعى.

وإذا تعدد المدعى عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم.

ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلى بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتى:

١- تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال فى المواد الآتية:

أ- النفقات والأجور وما فى حكمها.

ب- الحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما.

جـ- المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها.

د- التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميـع أسبابها الشرعية.

٢- تختص المحكمة التى يقـع فـى دائرتـها آخـر موطـن للمتوفـى فـى مصر، بتحقيق إثبات الوراثـة والوصايـا وتصفيـة التركـات، فـإن لم

يكن للمتوفى موطن فى مصر يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها أحد أعيان التركة.

٣- يتحدد الاختصاص المحلى فى مسائل الولاية على المال، على النحو الآتى:

أ- فى مواد الولاية بموطن الولى أو القاصر، وفى مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى أو القاصر.

ب- فى مواد الحجر والمساعدة القضائية، بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً.

جـ- فى مواد الغيبة بآخر موطن للغائب.

فإذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن فى مصر ينعقد الاختصاص للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن الطالب، أو التى يوجد فى دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته.

د- إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً، جاز للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة، أن تحيل القضية إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها الموطن الجديد.

هـ- تختص المحكمة التى أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من يخلف الولى، سواء كان ولياً أم وصياً - إلا إذا رأت من المصلحة إحاطة المادة إلى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطن القاصر.

٤- فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوقف وشروطه والاستحقاق فيه، والتصرفات الواردة عليه

للمحكمة الكائنة بدائرتها أعيانه، أو الأكبر قيمة إذا تعددت أو المحكمة الكائن بدائرتها موطن ناظر الوقف أو المدعى عليه.

المذكرة الإيضاحية

تناول المشروع فى الفصل الثانى من الباب الثانى قواعد الاختصاص المحلى للمحاكم فى مسائل الأحوال الشخصية – نفس ومال – وتصرفات الأوقاف، وأورد ذلك فى المادة (١٥) منه، فجمع حالات الاختصاص المحلى فى نص واحد للتيسير على القاضى والمتقاضى، بعد أن كانت تنظمها المواد من ٢٠ إلى ٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، والمواد (١/٩٣٤، ٩٤٧، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٨) من قانون المرافعات واتخذ المشروع محل الإقامة معياراً فى تحديد قواعد الاختصاص المحلى، ليتفق مع ما ورد فى قانون المرافعات، ولعدم فاعلية معيار "محل الوجود" الذى كانت تأخذ به مواد اللائحة.

وإعمالاً لما تقدم، يقصد بالموطن فى أحكام هذا القانون، ما ورد بالمواد (٤٠، ٤٢، ٤٣) من القانون المدنى، وعلى ضوء ذلك يتحدد الاختصاص المحلى على النحو الآتى:

أولاً – فى مسائل الولاية على النفس:

القاعدة العامة فيها أن الاختصاص يكون للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن فى مصر، كان الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى، وفى حالة تعدد المدعى عليهم يكون للمدعى الخيار فى رفع دعواه أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن أحدهم.

وخرج نص المشروع عن هذه القاعدة، وجعل الخيار للمدعى فى رفع دعواه أمام المحكمة الكائن بدائرتها موطنه أو تلك الكائن بدائرتها موطن المدعى عليه، إذا توافر شرطين:

الأول: أن تكون الدعوى مرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة.

الثانى: أن تكون الدعوى متعلقة بالنفقات والأجور وما فى حكمها أو الحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما، أو المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها أو بالتطليق أو الخلع أو الإبراء، والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية.

وما انتهجه المشروع فى هذا الصدد قصد به التيسير على المدعى فى تلك الدعاوى، مراعاة لظروفه، وطبيعة الطلبات فى الدعوى.

النصوص المقابلة

أحالت المادة (١٥) فى تحديدها لمفهوم الموطن إلى المواد (٤٠، ٤٢، ٤٣) من القانون المدنى.

م ٤٠ (١): الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة.

(٢): ويجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما.

م ٤٢ (١): موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً.

(٢): ومع ذلك يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة، ومن فى حكمه موطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها.

م ٤٣ (١) : يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين.

(٢) : ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة.

(٣) : والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى.

التعليق على م ١٥/ ١، ٢، ٣

القاعدة العامة التى نصت عليها المادة (١/١٥) فى الموطن، هو انعقاد الاختصاص بنظر الدعوى للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه، على اعتبار أنه الشخص المختصم فى الدعوى، والموجهة له الدعوى، والمطالب بالحق أو أداء ما استوجبه المدعى وألزمه به فى صحيفة دعواه.

هذا إذا كان للمدعى عليه موطن معلوم فى مصر، فإن لم يكن له محل إقامة معلوم انعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدعى، وهو ما يجعل اختصاص المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه، هو الأصل، بينما يكون اختصاص المحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدعى هو الاستثناء.

ويظل الأصل سارياً فى حالة ما إذا تعدد المدعى عليهم، إذ ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة أحد المدعى عليهم؛ لأن محل إقامتهم مختلف عن الآخر، فكان اللجوء إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة أحدهم، احتكاماً للمعيار الأساسى فى اعتبار موطن المدعى عليه هو الأصل فى انعقاد الاختصاص

المحلى، وقد يكون الاختصاص لمحكمة محل إقامة المدعى الملتزم الأصلى بالالتزام أو المطالب الرئيسى بالحق من بين هؤلاء المدعى عليهم.

وقد عقدت المادة ٣/١٥ الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها محل إقامة المدعى أو محل إقامة المدعى عليه،بالنسبة لبعض الأشخاص المحددين وفى دعاوى بعينها على سبيل الحصر، تقديراً لأهميتها، وتيسيراً على أطرافها، وتمكيناً لكل صاحب حق من استبداء حقه، ورفعاً للضرر الواقع على أحد الأطراف.

أما الأشخاص المنوط بهم رفع الدعوى فهم الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة، تقديراً لاحتياجاتهم وظروفهم الخاصة، والالتزامات الملقاة على عاتقهم، والتى قد لا تمكنهم من الوفاء وسد المطالب والضروريات.

أما الدعاوى التى نص عليها على سبيل الحصر، فهى تلك الدعاوى المتعلقة بالنفقات والأجور وما فى حكمها أو الحضانة والرؤية وما ينشأ عنهما أو المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما فى حكمها أو التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بكل صورها.

ثانياً – تقول المذكرة الإيضاحية: فيما يتعلق بإثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات.

ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للمتوفى فى مصر أو المحكمة التى يقع فى دائرتها أحد أعيان التركة، والخيار فى ذلك متروك للطالب.

التعليق

وقد نص قانون المرافعات، م ٣١: تختص محاكم الجمهورية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة، متى كانت التركة قد

افتتحت فى الجمهورية، أو كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة أو بعضها فى الجمهورية.

لقد اعتد المشرع هنا بمحل افتتاح التركة فى مصر بالنظر إلى أن التركة تفتح فى آخر موطن للمتوفى، بحسبان أن هذا الموطن موضع نشاطه ومحل إقامته حتى الوفاة، كما عقد الاختصاص للمحاكم المصرية متى كان المورث مصرياً أو كانت أموال التركة أو بعضها فى مصر.

ولما كانت الأموال محل التركة تظل على ملكية صاحبها – المورث– فإن العبرة تمتعه بالجنسية المصرية يكون وقت الوفاة؛ لأن بوقوعها يتحول المال من ذمة المورث إلى ذمة الورثة، وتصير تركة، وتنتقل الملكية لهم، بعد أن كانت لمورثهم.

وبجانب هذا وذاك عقد المشرع الاختصاص للمحاكم المصرية فى دعاوى الإرث متى كانت أموال التركة كلها أو بعضها فى مصر، اعتباراً بمحل وجود مال التركة كلياً أو جزئياً، وأياً كان المال منقولاً أم عقاراً.

ويصدق على الوصية وتصفية التركات فى اختصاص القضاء المصرى بنظر دعاواها، ما يصدق على الميراث، من منطلق أنه يجمع بينهما أنها خلافة عن الميت، سواء كانت فى صورة إجبارية كالميراث وتصفية التركات أم اختيارية كالوصية، ولكون الدعاوى فيها تتعلق بمحل واحد هو التركة، ونظراً لترتيب حقوق مالية على هذه الأموال لأشخاص تربطهم بالميت صلة خاصة، وهى القرابة وصلة الرحم فى الميراث، أو لأن المستحق للمال يكون محل رعاية وعناية المتوفى فى الوصية.

تقول المذكرة الإيضاحية، ثالثاً – فيما يتعلق بمسائل الولاية على المال:

تناول المشروع تحديد الاختصاص المحلى فى مواد الولاية على المال فى البند (٤) من المادة (١٥) واتبع بشأنها ذات الأحكام التى كانت واردة فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات، فيما لا يتعارض مع أحكام قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، فاعتد فى تحديد الاختصاص المحلى فى مواد الولاية بموطن الولى أو القاصر، وفى مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى فى مصر، وفى مواد الحجر بموطن المطلوب الحجر عليه، وفى مواد المساعدة القضائية بموطن المطلوب مساعدته قضائياً، وفى مواد الغيبة بآخر موطن للغائب على أنه إذا لم يكن لأحد ممن ذكروا موطن فى مصر، يكون الاختصاص للمحكمة الكائن فى دائرتها موطن الطالب أو التى يوجد فى دائرتها مال الشخص المطلوب حمايته.

وأجازت الفقرة (د) من البند (٤) من المادة (١٥) للمحكمة إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً أن تحيل القضية إلى المحكمة التىيقع فى دائرتها الموطن الجديد، شريطة أن يكون ذلك بناء على طلب ذوى الشأن أو النيابة العامة، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تحيل القضية فى هذه الحالة من تلقاء نفسها.

وأناطت الفقرة (هـ) من البند (٤) من المادة (١٥) بالمحكمة التى أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من يخلف الولى أو الوصى ما لم تر أن من المصلحة إحالة المادة إلى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطن القاصر.

النصوص المقابلة

تنتاول المادة ٨/٣٠ مرافعات الاختصاص بنظر دعاوى الولاية على المال، ونصها:

إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال، متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة فى الجمهورية، وإذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب.

وبموجب هذا النص، فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية فى مسائل الولاية على المال متى كان المدعى عليه أجنبياً ليس له موطن أو محل إقامة بمصر، وبأن يكون القاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً موطن أو محل إقامة فى مصر، أو كان بها آخر موطن أو محل إقامة بالنسبة للغائب، وتحديد المقصود بالموطن يخضع لأحكام القانون المدنى المصرى (م ٤٠ وما بعدها) وبذلك يكون موطن القاصر أو المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً هو موطن من ينوب عنهم قانوناً وفقاً للمادة ٤٢ من القانون المدنى، أى يلزم أن يكون موطن النائب عن القصر أو المطلوب الحجر عليه موجوداً فى مصر[1].

وقد جاءت هذه المادة مع مواد أخرى، عنون لها المشرع بالاختصاص الدولى للمحاكم، وهو ما يعنى وجود عنصر أجنبى فى الدعوى المطروحة.

فقه المصطلحات

حيث ينعقد الاختصاص المحلى فى مسائل الولاية على النفس، والولاية على المال، فإنه يحسن إيراد تحديد لهما:

الولاية على النفس مؤداها: القيام على شئون المولى عليه فى خاصية نفسه دون ماله، برعايته اجتماعياً وصحياً وتربوياً، على معنى أنه يتولى تزويجه وتثقيفه وتهذيبه وحمايته بدنياً ونفسياً، وتوفير

١- د. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص ١٨٢، ١٨٣.

مقومات حياته، والنأى به عما يقلقه ويزعجه، وتعليمه حرفة يتعيش منها.

وسند هذه الولاية: قول الرسول ﷺ : (كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته، فالإمام راعٍ ومسئول عن رعيته، والأب راعٍ ومسئول عن رعيته، والأم راعية ومسئولة عن رعيتها...).

وتثبت الولاية على النفس للأقرب فالأقرب من العصبات بالكيفية التى تتبع فى الميراث، وهى تقديم البنوة على الأبوة، والأبوة على الأخوة، والأخوة على العمومة.

ومناط استحقاق هؤلاء الأشخاص للولاية على النفس أنهم أوثق صلة وأقوى قرابة للصغير، فلا يسيئون استخدام السلطات المقررة لهم، ويكون باعثهم على ممارسة سلطتهم هو مصلحة الصغير، وحسن تنشئته وتقويمه[1].

أما الولاية على المال فهى: القيام على إدارة أموال الصغير وتنميتها والتصرف فيها، بالشكل الذى يكفل استغلالها على الوجه الأكمل وطبقاً للمقررات الشرعية.

وتتنوع هذه الولاية إلى ولاية طبيعية أو شرعية، ومعتمدها مقررات الشرع وأصول الفطرة، وولاية قضائية، ومصدرها حكم القضاء، فإذا كانت الولاية على القاصر أو الصغير فهى وصاية، وإن كانت بسبب وجود عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة فهى قوامة، ويجمعها كلها أنها تعنى بشئون المولى عليه مالياً.

---

[1]- المؤلف، الأسرة الإسلامية، ص ١٠٨.

وسندها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً﴾ [النساء: آية ٥].

وقول الرسول ﷺ : (ألا من ولى يتيماً له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى لا تأكله الصدقة).

والدلالة فيهما جلية فى الحفاظ على أموال المولى عليه، وحسن التصرف فيها والعمل على تنميتها.

أما مفهوم الموطن فهو: المكان الذى يقطنه الشخص فى البلد الذى يقيم فيه عادة.

شرح المادة

ينعقد الاختصاص المحلى فى مسائل الولاية على المال للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن القائم على الولاية - الولى - أو القاصر وفى مواد الوصاية بالموطن الأخير للمتوفى أو القاصر.

وينعقد الاختصاص للمحكمة التى تقع فى دائرتها موطن الأشخاص المطلوب الحجر عليهم الذين ألم بهم عارض من عوارض الأهلية، فأثر على الأهلية بأن جعل الشخص عديمها أو ناقصها، أو من وجد به مانع من موانع الأهلية، وللمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المطلوب مساعدته قضائياً بسبب اجتماع عاهتين عنده، أو عجز جسمانى شديد، يمنعه من التعبير عن إرادته، أو يخشى عليه من التصرف فى ماله.

وينعقد الاختصاص فى مواد الغيبة للمحكمة التى يقع فى دائرتها آخر موطن للغائب، سواء كانت غيبته غيبة حقيقية كالمفقود، أو غيبة حكمية وهو الشخص الذى ليس له موطن أو محل إقامة معلوم، أو كان

له محل إقامة أو موطن معلوم فى الخارج، وتعذر عليه أن يدير شئونه المالية بنفسه أو بنائبه الذى يتولى إدارة هذه الشئون بالوكالة عنه.

وهذا الاختصاص المحلى فى الولاية على المال، بصورها المتنوعة فى مواد الولاية أو الوصاية أو الحجر أو المساعدة القضائية أو الغيبة، ينعقد متى كان لأطراف هذه الدعاوى موطن أو محل إقامة فى مصر، أما إذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن أو محل إقامة فى مصر، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن الطالب أو يوجد فى دائرتها مال للشخص المطلوب حمايته بأى صور من صورة الولاية على المال.

ويجوز للمحكمة إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً أن تحيل القضية إلى المحكمة التى يقع فى دائرتها الموطن أو محل الإقامة الجديد، بناء على طلب مقدم من ذوى الشأن – صاحب المصلحة – أو النيابة العامة بمقتضى اختصاصها الأصيل فى مسائل الولاية على المال.

كذلك يجوز للمحكمة التى قضت بسلب الولاية أو وقفها، إذا رأت المصلحة فى إحالة مادة الولاية أو الوصاية على المال إلى المحكمة التى يوجد بدائرتها موطن القاصر، إذا لم تقم المحكمة الأولى بتعيين من يخلف الولى أو الوصى.

رابعاً – تقول المذكرة الإيضاحية: المسائل المتعلقة بتصرفات الأوقاف، تناولت الفقرة الأخيرة من المادة (١٥) بيان المحكمة المختصة محلياً بنظر منازعات الوقف وشروطه والاستحقاق فيه، والتصرفات الواردة عليه، فجعلته للمحكمة الكائن بدائرتها أعيان الوقف، أو الأكبر قيمة إذا تعددت أو المحكمة الكائن بدائرتها موطن ناظر الوقف أو المدعى عليه بحسب الأحوال.

التعليق

المنازعات المثارة حول الوقف، تتعلق بإنشاء الوقف، أو الشروط الواجب توافرها فيه، وصاحب الاستحقاق فيه، والتصرفات الحاصلة عليه، ونظراً لأن محل الوقف فى الغالب الأعم يرد على العقارات، فقد أناط القانون الاختصاص للمحكمة الكائن بدائرتها أعيان الوقف، عقاراً كان الموقوف أو منقولاً، أو للمحكمة الكائن فى دائرتها الأعيان الأكبر قيمة إذا تعددت، ومن جهة أخرى فقد ينعقد الاختصاص للمحكمة التى يقع بدائرتها موطن ناظر الوقف، أو موطن أو محل إقامة المدعى عليه، بحسب الأحوال، ويلاحظ أن الاختصاص الأول الذى يعقد الاختصاص، لمقر المحكمة التى يقع بدائرتها أعيان الوقف، اعتبار يتعلق (بمحل الوقف)، بينما الاعتبار الثانى الذى يعقد الاختصاص لمقر المحكمة التى يقع بدائرتها موطن ناظر الوقف أو المدعى عليه، هو اعتبار يتعلق بشخص من له الولاية على الوقف، أو بشخص المدعى عليه.

تطبيقات قضائية

قالت محكمة النقض: الرأى عند فقهاء الشريعة الإسلامية، على أن الموطن الأصلى، هو موطن الإنسان فى بلدته، أو فى بلدة أخرى اتخذها داراً توطن فيها مع أهله وولده، وليس فى قصده الارتحال عنها، وإن هذا الموطن يحتمل التعدد، ولا ينتقض بموطن السكن، وهو ما استلهمه المشرع حين نص فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، على أن: محل الإقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة.

نقض رقم ٣٧/١١ ق ، فى ٧٠/١١/٢٥

وقضت بأن: المقصود بتعريف الموطن فى المادة ١/٤ من القانون المدنى إنما هو الموطن فى القانون الداخلى، إلا أنه فى تحديد الاختصاص الخارجى يطبق القاضى قانونه الداخلى بشأن الموطن.

نقض رقم ٢٥/٤ ق ، فى ٥٦/١/١٢

وقضى بأن: القضاء بتطليق المطعون ضدها على الطاعن، مع إسقاط حقوقها المالية كلها، بما فيها نفقة الزوجية، حيازته قوة الأمر المقضى، أثره امتناع إعادة طرح نفقة المطعون ضدها فى أى دعوى تالية له على ذلك.

نقض رقم ٩١/٩٣ ق، جلسة ٩١/١٢/١٧

وقضت بأن: نفقة الصغير قضاء استحقاقها من تاريخ الحكم فى الدعوى التى تقام للمطالبة بها، علة ذلك دفع حاجة الصغير قبل الحكم فى الدعوى، عن طريق إتفاق الأب، أثره ليس له استردادها بعد ذلك.

نقض رقم ٥٨/٢٧ ق ، فى ٩٢/١٢/٢٩

وقضت بأنه: متى كان الحكم لم يصدر بالتطليق لمصلحة الزوجة، وبناء على خطأ الزوج وحده، وإنما صدر لخطأ الزوجين معاً طبقاً للقانون المدنى الفرنسى كما قضى بكفالة الزوج لابنه، فإنه لا مصلحة للزوجة فى التمسك بالقاعدة العامة الواردة فى صدر المادة ٣٠٢ من ذلك القانون، والتى تقضى بأن تكون كفالة الأولاد حقاً للزوج الذى حكم له بالطلاق، بمقولة إنه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقاً لهذا النص.

نقض ٣٦/٣٨ ق، جلسة ٥٨/٣/٢٧

كما قضت بأن: الحضانة كأثر للزواج، سريان القانون المصرى وحده عليها، إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده، م ١٤ مدنى.

نقض رقم ٥٣/٧٥ ق ، فى ٨٥/٣/١٩

خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط لصلاحية الحضانة ، يخضع لتقدير القاضى، له أن يبقى الصغير فى يدها، إذا اقتضت مصلحته ذلك، اتقاء لأشد الأضرار بارتكاب أخفها.

نقض رقم ٧٥ / ٥٣ ق ، فى ٨٥/٣/٢٩

الخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر - ومنها الشبكة - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل؛ لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد الزواج، وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات، ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقداً مالياً كسائر العقود، واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية، ومن ثم فالمعول عليه فى حق الخاطب فى استرداد تلك الهديا هو أحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة (٥٠٠) وما بعدها من القانون المدنى.

نقض ١٩٦٣/١٠/٢٤، ص ١٩٦٧

إذا كان المبلغ المحكوم به من المحكمة الشرعية على الزوج يرده لزوجته ووالدها، إما هو مبلغ حصل الاتفاق على إعداد الجهاز به، أى أنه ثمن لجهاز ما يتم شراؤه فالنزاع على هذا المبلغ - ولو كان بعضه فى الأصل مقدم الصداق - هو نزاع مالى صرف مما تختص به المحاكم المدنية لا نزاع على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية المختصة بها

المحاكم الشرعية، ولذلك يكون الحكم الصادر من المحكمة المدنية بوقف تنفيذ حكم المحكمة الشرعية لخروجها فيه عن ولايتها غير مخالف للقانون.

نقض ١٩٤٩/٣/١٧ ، ص ٧٣٥

النزاع بشأن المهر نفسه كاستحقاقه أو حول مقداره أو طبيعته، فهذه المنازعة تدخل فى اختصاص المحاكم الجزئية الشرعية، أياً كانت قيمتها عملاً بالمادتين (٥، ٦) من اللائحة الشرعية.

نقض ٦/٨١ ق ، فى ٣٧/١٠/٢٨

أن النزاع بشأن المطالبة بالمهر واسترداده هو نزاع تختص بنظره المحاكم المدنية، ولا يدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية.

نقض ١٧/١٧٧ ق، فى ١٩٤٩/٣/١٧

التطليق إعمالاً لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، شرطه عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين، لم يرسم القانون طريقاً معيناً للإصلاح، ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء، عرض الصلح على أحدهما ورفضه الآخر، كافٍ لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

نقض رقم ٥٥/١٠٧ ق، فى ٨٧/٣/١٧

تقدير دعاوى الفرقة، استقلال قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه، مادام يقيم حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى ينتهى إليها.

نقض ٥٤/١٨ ق، لم ينشر

تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الإسلام، إباء الزوجة الدخول فيه، خضوعه للشريعة الإسلامية، باعتباره القانون العام فى مسائل الأحوال الشخصية، مادة ١٠ مدنى، اعتبار التفريق لهذا السبب طلاقاً وليس بطلاناً للزواج يعود إلى بداية العقد.

نقض ٥٣/٧٦ ق، فى ١٩٨٧/١/٢٧

لا تبرأ ذمة المحكوم عليه بالنفقة إلا بالأداء أو الإبراء، فلا مانع من طلب الحكم بثبوت دينها فى ذمته بعد وفاته لتستوفيه من تركته؛ لأن ذلك بمثابة فتوى لا يستلزم أن تأتي عن طريق الإشكال، بل للمدعية طلبه استقلالاً.

٣٥/١١٩٢ الجيزة، فى ٣٦/٧/٨

انتهاء الخبير إلى استحقاق مورث المطعون ضدهم معاشاً لربع الوقف طبقاً لحجته، قضاء الحكم المطعون فيه اعتماداً على ما ورد فى التقرير باستحقاق المطعون ضدهم لذلك المعاش، دون بيان أسباب انتقال المعاش لهم من مورثهم، فساد وقصور.

نقض ٦٦/٥٧٠ ق ، فى ٩٨/١٢/٢٨

وقضى بالنسبة لدعوى إثبات الوراثة، وهى التى يرفعها المدعى لإثبات وراثته للمتوفى، وذكر المال، وإن كان شرطاً لصحتها، إلا أنه يحقق نصيبه الميراثى، ثم بعد ذلك يثبت المال.

وعلى هذا الأساس لا يشترط تحديد المال تحديداً واضحاً عند رفع دعوى إثبات الوراثة، أو تحديد واضع اليد عليه، فإذا تضمنت صحيفة الدعوى أعيان التركة المخلفة عن المورث، وهو ما يشكل دعوى المال التى يشترط أن تنتظمها دعوى الإرث.

طعن رقم ٤٣/١٥ ق، س ٢٧ ، ص ٢٢٢

الباب الثالث

رفع الدعوى ونظرها

الفصل الأول

فى مسائل الولاية على النفس

المـادة (١٦)

ترفع الدعوى فى مسائل الولاية على النفس بـالطريق المعتـاد لرفـع الدعوى المنصوص عليه فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المذكرة الإيضاحية

مقتضى نص المادة (١٦) من المشروع توحيد طريقة رفـع الدعـوى فى مسائل الولاية على النفس، سـواء بالنسـبة للمصريـين أو الأجـانب، فجعلها طريقاً واحداً هو الطريق المعتاد لرفع الدعوى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية، ليقضى بذلك على تعـدد هـذه الطـرق، وفقـاً لمـا كـان يؤدى إليه تطبيق لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والكتـاب الرابـع مـن قانون المرافعات، حين كـانت هـذه الطـرق تتـوزع بـين طريـق التكليـف بـالحضور علـى النحـو المقرر بقـانون المرافعـات، فـى دعـاوى الأحـوال الشخصية المتعلقة بالمصريين، وبين الإجراءات التى نصت عليها المادتان ٨٦٩، ٨٧٠ من قانون المرافعات بالنسبة للأجانب والتـى بموجبـها كـان يتولى رئيس المحكمة أو القاضى الجزئى بحسب الأحوال تحديد جلسـة لنظر الطلب أمام المحكمة، وتعيين الأشـخاص الذيـن يدعـون إليـها ثـم يتولى قلم الكتاب إعلان ورقة التكليف بالحضور، والتى يتعين أن تشتمل على ملخص الطلب.

النصوص المقابلة

تنص المادتان ٨٦٩، ٨٧٠ مرافعات بالنسبة لإجراءات قيد الدعوى وإعلانها للأجانب:

م ٨٦٩ : يرفع الطب إلى المحكمة بعريضة تودع قلم الكتاب، تشمل فضلاً عن البيانات المنصوص عليها فى المادة (٩) بياناً كافياً لموضوع الطلب، والأسباب التى يستند إليها، وأن تشفع بالمستندات التى تؤيده وأوراق التحقيق الذى أجرته النيابة فيه، إذا كان الطلب مقدماً منها.

قالت المذكرة الإيضاحية بشأنها: وقد قصد المشروع إلى تبسيط إجراءات الدعوى، وسرعة الفصل فيها، فأوجب على الطالب أن يودع قلم كتاب المحكمة المختصة، صحيفة تشتمل – فضلاً عن البيانات اللازمة فى أوراق المحضرين عموماً – على بيان لموضعه والأسباب التى تستند إليها وتشفع بالمستندات التى تؤيده، وأوراق التحقيق الذى أجرته النيابة إذا كان الطلب مقدماً منها وبديهى أن هذه الإجراءات تغنى عن إتباع إجراءات المحضر.

م ٨٧٠ : يحدد رئيس المحكمة أو قاضى محكمة المواد الجزئية، جلسة لنظر الطلب أمام المحكمة، ويعين الأشخاص الذين يدعون إليها، ويعلن قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور، ويجب أن تشتمل الورقة على ملخص الطلب.

تناولت المذكرة الإيضاحية هذه المادة بقولها: خول رئيس المحكمة سلطة واسعة فى إدارة الدعوى، فله أن يحدد الجلسة التى ينظر فيها الطلب، وأن يعين الأشخاص الواجب إعلانهم والطريقة التى

يعلنون بها، إذا قدر لظروف الحال أن يعدل عن الطريق العادى إلى الإعلان بطريق الإدارة أو البريد.

أما النص الحالى الذى يحدد طريقة قيد الدعوى وطريقة إعلانها فهو المادة ٦٣، ٦٧، م٦٨ مرافعات.

تنص المادة ٦٣: ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

تنص المادة ٦٧ على أن: يقيد قلم الكتاب الدعوى فى يوم تقديمه الصحيفة فى السجل الخاص بذلك، بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها.

وعلى قلم الكتاب فى اليوم التالى على الأكثر أن يسلم أصل الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إليه.

ومع ذلك يجوز فى غير دعاوى الاسترداد وإشكالات التنفيذ، أن يسلم للمدعى - متى طلب ذلك - أصل الصحيفة وصورها ليتولى تقديمها إلى قلم المحضرين لإعلانها ورد الأصل إلى المدعى ليقوم بإعادته إلى قلم الكتاب.

قالت المذكرة الإيضاحية:

أوجب المشرع فى المادة ٦٧ منه على قلم الكتاب أن يقيد الدعوى فى يوم تقديم الصحيفة فى السجل الخاص بذلك، بعد أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظرها فى أصل الصحيفة وصورها، وأن يسلم فى اليوم التالى على الأكثر إلى قلم المحضرين أصل الصحيفة وصورها لإعلانها ورد الأصل إلى قلم الكتاب، وهذا لا يمنع صاحب الشأن من متابعة الإجراءات مع المحضر القائم

بالإعلان وإرشاده فى ذلك وتزويده بكافة البيانات اللازمة لإجراء الإعلان، كلما اقتضى الأمر ذلك، فمن حق طالب الإعلان الإطلاع فى أى وقت على أصل الإعلان لاستيفاء ما قد يكون لازماً من بيانات وإجراءات فى حالة ما إذا لم يكن المحضر قد تمكن من تمام الإعلان لأى سبب من الأسباب.

م ٦٨ تنص على أن: على قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الدعوى، خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسلميها إليه، إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الميعاد، فعندئذ يجب أن يتم الإعلان قبل الجلسة وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور.

وتحكم المحكمة المرفوعة إليها الدعوى على من تسبب من العاملين بقلم الكتاب أو المحضرين بإهماله فى تأخير الإعلان بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً، ولا تجاوز مائتى جنيه، ولا يكون الحكم بها قابلاً لأى طعن.

ولا تعتبر الخصومة منعقدة فى الدعوى، إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر الجلسة.

ويلاحظ أن الخصم لو حضر وكانت هناك عيوب فى صحيفة الدعوى، تصل بها إلى حد الانعدام، فإن الحضور لا يسقط هذه العيوب الجسيمة إطلاقاً.

أما المقصود بالحضور فى هذا المقام، فهو أن يحضر المدعى عليه - دون إعلان - بالجلسة المحددة لنظر الدعوى عند النداء عليها،

ويتنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في إعلانها بصحيفتها، كأن يقر باستلامه صورة منها أو بتسلم هذه الصورة في الجلسة بغير اعتراض[1].

التعليـــق

الدعوى كما عرفتها محكمة النقض: الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به، ولا شك إن صنيع المشرع في توحيد طريقة رفع الدعوى بشأن مسائل الولاية على النفس، على المصريين والأجانب جميعا، إجراء مقصود به القضاء على الازدواجية في هذا المجال الإجرائي الهام، الذي به تقيد الدعوى، ويكلف الخصم بالحضور، وتنعقد الخصومة ويتحقق به مبدأ المواجهة بكل ما يترتب عليها من تحديد المركز القانوني لأطراف الدعوى، ويناضل كل طرف أمام المحكمة، لاستقضاء حقه، والوصول إلى غرضه.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن توحيد طريقة رفع الدعوى، بالنسبة للولاية على النفس يحقق مطلبا جدير الاستمرار فيه وترسم خطاه، وهو ترسيخ مبدأ السيادة الوطنية، والنأى عن التعدد والاختلاف في الإجراء الواحد المتعلق بقضية بعينها، فضلا عن أن هذا الإجراء يناسب أحكام الشريعة الإسلامية، التي تعتبر المساواة في طريقة التعامل مع الخصوم، سواء فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة للوصول إلى الحق، أو تلك المتعلقة بنظر القضية، وتحقيق أقوال الخصوم فيها، وتمحيص أوجه دفاعهم ودفوعهم، هي الباب الموصل إلى العدالة، التي نصب القضاء للقيام بها، ودستورها المقرر بقوله تعالى: ﴿**وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**﴾ [النساء: آية ٥٨] وفي كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى

م. مصطفى هرجه، الموسوعة القضائية، مرجع سابق، ص ٧١٤، ٧١٥.

الأشعرى، الذى أكد على المساواة والعدالة فى التقاضى، فإنـها بعمومـها تشمل الإجراء والموضوع، فلا انفصال لأحدهما عن الآخر.

ويجدر بالمشرع ألا يقتصر فى مجال توحيد رفع الدعوى على مسائل الولاية على النفـس، وأن يسير على هـذا الدرب إلى مداه فـى جميع دعاوى الأحوال الشخصية.

تطبيقات قضائية

ما نص عليه حكم دائرة الأحوال الشخصية أجـانب فـى الحكم رقم ١٧٧ لسنة ١٩٩٤: وحيـث إن وقـائع الدعـوى، تتحصـل فـى أن المدعيـة تقدمـت بطلـب للسـيد رئيـس المحكمـة أودع قلـم الكتـاب ١٩٩٤/٥/٨، وأعلـن قانونـاً ابتغـاء الحكـم بإثبـات زواجـها مـن المدعـى عليه، مع إلزامه بالمصروفات ومقـابل أتعـاب المحامـاة، وذلـك تأسيساً على أنها بموجب عقد زواج شرعى مؤرخ فـى ٩٤/١/١ تزوجـت المدعـى عليه فى حضور شـاهدين، واسـتوفى أركانـه، ومـن ثـم أقـامت دعواهـا الماثلة، وقدمت المدعية تـأييداً لدعواهـا حافظـة مستندات طويـت على الآتى:

١- عقد زواجـها العرفى من المدعى عليه بتـاريخ ١٩٩٤/١/١ ثـابت بـه أنها تونسية وأن المدعى عليه سعودى الجنسية.

٢- صورة من قانون الأحوال الشخصية التونسى مختوم بخـاتم السـفارة التونسية بالقاهرة.

وحيث تداول نظر الدعوى على النحو المبين بمحاضر الجلسات، وبجلسة المرافعة الختامية مثل طرفـى الدعـوى كـل بوكيـل عنـه، وأقـر وكيل المدعى عليه بالزواج وسلم بطلبات المدعية، وقدم حافظة مستندات طويت على:

صورة ضوئية لكتاب وزارة الخارجية المصرية، يفيد أن السفارة السعودية بالقاهرة، أفادت أن المحكمة لا تطبق أى قانون وضعى، وإنما تطبق أحكام الشريعة الإسلامية فى جميع المعاملات، وبتلك الجلسة فوضت النيابة الرأى للمحكمة، التى قررت حجز الدعوى للحكم لجلسة اليوم.

وحيث إن الثابت من الأوراق أن المدعى عليه سعودى الجنسية وله موطن بالجمهورية، ومن ثم ينعقد الاختصاص للقضاء المصرى عملاً بالمادة (٢٩) مرافعات.

وحيث إن المدعية تونسية الجنسية والمدعى عليه سعودى الجنسية وكان الموضوع يتعلق بإثبات زواجها، فإن قانون كل من الزوجين يكون هو المرجع فى بيان الشروط الموضوعية لصحة الزواج عملاً بالمادة (١٢) مدنى.

وحيث إن طرفى الدعوى مسلمى الديانة كما هو ثابت بالأوراق، وكان الفصل الرابع فى فقرته الثانية من قانون الأحوال الشخصية التونسى بالكتاب الأول، قد نص على أنه بالنسبة للزواج المنعقد فى الخارج، فإنه يثبت بما تعتمده قوانين البلاد التى تم فيها العقد.

ولما كانت المملكة العربية السعودية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، وكان المقرر شرعاً طبقاً للمذهب الحنفى المنصوص عليه فى مصر باعتبارها مكان العقد، أن عقد الزواج ينعقد بتوافق إرادة طرفيه بإيجاب وقبول صحيحين على قيام رابطة الزوجية بينهما، ولابد من حضور شاهدين مسلمين، ولا يشترط فيه شكل معين أو ألفاظ معينة، وأن تكون المرأة محل العقد غير محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، وتوافرت شروط نفاذه بإبرامه بواسطة من له الولاية. وكان الثابت من مطالعة عقد الزواج سند الدعوى، أنه استوفى أركان انعقاده وشروطه

صحته ونفاذه، ولم يرد بالأوراق ما يدل على وجود مانع شــرعى يحــول دون إتمامه بمعرفة طرفيه وهما أهل لإبرامه، وكان وكيل المدعى عليه أقر الزواج وسلم بالطلبات، ومن ثم تقضى المحكمة بإجابة المدعية لطلبها.

وحيث إنه عن المصروفات فالمحكمة تلزم المدعــى عليـها، عمـلاً بالمادتين ٨٨٣ مرافعات، ١٨٧ من ق ١٧ لسنة ١٩٨٣.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة حضوريـاً بإثبـات زواج المدعيـة من المدعى عليه بالعقد العرفى المؤرخ فــى ١٩٩٤/١/١، وألزمـت الأخـير بالمصروفات وعشرة جنيهات مقابل أتعاب المحاماة.

وقضــى باعتبـار الدعـوى مرفوعـة بـإيداع صحيفتـها قلـم كتــاب المحكمة م٦٣ مرافعات.

الطعن رقم ٤٧٦/ ٤٧ ق ، فى ١٩٨٠/٦/٣

المـــادة (١٧)

لا تقبل الدعاوى الناشئة من عقد الزواج إذا كـانت سـن الزوجـة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية، أو كانت سن الـزوج تقـل عـن ثمـانى عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى.

ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١، ما لم يكن الـزواج ثابتـا بوثيقـة رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسـخ بحسـب الأحـوال دون غيرهما، إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة.

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملـة، إلا إذا كان شريعتهما تجيزه.

المذكرة الإيضاحية:

وتقابل المادة ١٧ من المشروع بفقراتها الثـلاث، الفقـرات الرابعـة والخامسة والسابعة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشـرعية، مع تعديل مواقع الأحكام، وإضافة حكم جديد للفقرة الثانية، واسـتبدال تعبير عدم القبول بعدم السماع.

فأما الفقرة الأولى فقد رددت ذات الحكم الذى نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بعـدم سمـاع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة يقل عن ست عشرة سنة أو كان سن الزوج يقل عن ثمانى عشرة سنة، ولم يأت النص فى المشروع بجديد فى هذه الفقرة سوى استبداله عبارة : لا تقبل دعوى الزوجيـة ... بعبـارة: ولا تسمع دعوى الزوجية.

وعلة النص واضحة فى الدفع إلى عـدم إبـرام عقـد أو توثيـق أى زواج لمن لم يبلغ أى من العمرين بحسب الأحوال، لما ثبت طبيـا، سـواء

من الناحية العضوية أو النفسية، أن الزواج دون هذه السن يترتب عليه أضرار تزيد كثيراً عما يجلبه من منافع، ويترتب عليه أثر لدى المأذونين أو الموثقين بامتناعهم عن توثيق زواج من لم يبلغ هذا السن بحسب ما إذا كان ذكراً أو أنثى.

النص المقابل:

جاء نص المادة ٤/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بقوله: ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة هجرية.

وقد غاير المشرع في سن الزواج بين الأنثى والذكر، وعللت المذكرة الإيضاحية ذلك: بأنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي، وما يلزم لتأهيل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم الصبي، كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة.

فقه المصطلحات

المرجع في معرفة البلوغ شرعاً أمران:

أولهما: رصد المظاهر الطبيعية للشخص لملاحظة التغيرات البيولوجية - الحيوية - التي تطرأ على بدن الإنسان، ويطلق عليها الفقهاء علامات البلوغ وهي تلك الأمارات الدالة على دخول الشخص دور الرجولة أو الأنوثة. وتتمثل في البلوغ الطبيعي بالاحتلام والإنزال للذكر، والحيض والحمل للأنثي والسند الشرعي لذلك، قوله تعالى: **﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾** [النور: آية٥٩]، وقول الرسول ﷺ : (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ)، فقد

جعل النصان الاحتلام مظهراً طبيعياً للبلوغ، ودلالة على تجاوز مرحلة التمييز إلى مرحلة البلوغ والنضج.

ثانيهما: وصول الشخص إلى سن معينة، وهذه السن ليست موضع اتفاق بين الفقهاء: فيذهب الشافعي وأحمد والصاحبان[1]، إلى أن السن الذى يتحقق به البلوغ خمس عشرة سنة، لا فرق في ذلك بين الفتى والفتاة، فبالوصول إلى هذه السن يتحقق النمو البدنى والعقلى لكليهما.

ويذهب أبو حنيفة، إلى التفرقة فى سن البلوغ بين الفتى والفتاة، فقد حدد سن البلوغ فى حق الفتى بثمانى عشرة سنة، وفى رواية عنه بتسع عشرة سنة، وقيل المراد أن يطعن فى التاسعة عشرة، ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف[2]، ويوافق مالك فى بعض ما روى عنه أبا حنيفة فى أن بلوغ الفتى يتحقق بثمانى عشرة سنة.

وبالنسبة للفتاة فإن سن البلوغ فى حقها هو سبع عشرة سنة، ومستند أبى حنيفة، قوله تعالى: ﴿حتى يبلغ أشده﴾ وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة، هكذا قاله ابن عباس، وهذا أقل ما قيل عنه، فيبنى الحكم عليه للتيقن به، غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة، التى يوافق واحد منها المزاج لا محالة، وهذا هو السبب فى المغايرة بين سن البلوغ فى الفتى والفتاة.

١- الخطيب، مغنى المحتاج، جـ ٢، ص ١٦٦، ابن قدامة، المغنى، جـ٤، ص ٥١٤.

٢- المرغينانى، الهداية، جـ ٣، ص ٢٨٤، ٢٨٥.

شرح المادة

جاءت الفقرة الأولى، من المادة ١٧، بعدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج فى حدود سن ١٦ سنة للفتاة، ١٨ سنة للفتى، وقت رفع الدعوى ومعنى ذلك أن المشرع يتسامح فى أن يكون سن الطرفين أو أحدهما أقل من هذه السن عند إنشاء العقد، وأن المعول عليه هو بلوغ هذه السن وقت رفع الدعوى.

وبملاحظة ما ورد بالنص الحالى، يجد أنه قد تبنى معيار السن بدلاً عن علامات البلوغ الطبيعية التى جعلها الفقه الإسلامى أحد المعايير التى يحتكم إليها، بل هى الأصل، فإن لم تتحقق احتكم إلى معيار السن وهو ما يثير القول بأنه إذا تعذر معرفة السن، بأن لم يكن للشخص شهادة ميلاد، أو لم يقيد بسجلات المواليد، فإننا نركن إلى العلامات الطبيعية ونعول عليها.

وثمة مفارقة بين ما نصت عليه م ١/١٧، وما ورد فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، من حيث إن احتساب السن المحددة ١٦ : ١٨ سنة للفتاة والفتى، يكون بالسنة الميلادية طبقاً للفقرة/١، بينما تحتسب بالسنة الهجرية طبقاً للائحة، ومن حيث إنه يترتب على عدم بلوغ هذه السن وقت رفع الدعوى عدم القبول، وفقاً للمادة ١/١٧، بينما يترتب على عدم بلوغ هذه السن وقت رفع الدعوى عدم السماع، والأثر الأول (عدم القبول) أدق منطقاً وأقوى أثراً عنه فى الثانى (عدم السماع).

ومن ناحية أخرى، فإن تحديد السن فى قبول الدعوى الناشئة عن عقد الزواج يخالف ما نص عليه المشرع فى مسائل الولاية على النفس إذ أنه حدد سن أهلية التقاضى بخمس عشرة سنة ميلادية، وهى مغايرة غير مبررة؛ لأن الدعاوى الناشئة عن الزواج تقع ضمن الولاية على النفس.

أما ما ورد بشأن الفقرة الثانية فى المذكرة الإيضاحية، فهو استثناء دعوى التطليق من الحكم السابق – وهو اشتراط أن يكون الزواج ثابتا بوثيقة رسمية – حيث يجوز عند الإنكار قبولها، إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة، وعلة هذا الحكم، أن المشرع واجه مشكلة الحالات التى ينعقد فيها الزواج بغير وثيقة رسمية، وهو ما اصطلح على تسميته بالزواج العرفى، وفيه تواجه الزوجة مأزقا خطيرا إذا قام لديها سبب من الأسباب التى يحق لها مع قيامه طلب التطليق، فهى لا تستطيع أن تلجأ إلى القضاء؛ لأن دعواها لن تقبل، وهى لا تستطيع الإقدام على زواج جديد؛ لأنه يقع على زواج قائم، فيأتيه الإثم شرعا وقانونا، وهى أسيرة علاقة زوجية فرضها عليها من لم يرع الله فيها وقصد إلى تعليقها إضرارا بها. أو بأن قام به سبب لطلب التطليق ولا يريد أن يطلقها، وإخراجا للزوجة من هذا المأزق، فقد استحدث المشروع النص على قبول دعوى التطليق وحدها – دون الدعاوى الأخرى التى تنشأ عن الزوجية – إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة.

على أن لازم إعمال الحكم، هو أن يكون الزواج ثابتا بأية كتابة، ومنها عقود الزواج التى تبرم لذلك أو إقرار الزوج فى ورقة رسمية كمحضر شرطة أو محضر توقيع حجز أو إعلان قضائى بالزوجية، أو خطابات بخط الزوج قاطعة فى عباراتها بقيام الزوجية.

والمشروع يفتح بهذا الحكم المستحدث، بابا للرحمة بالزوجات اللائى وقعن فى مشكلة الزواج العرفى، ولا تجدن مخرجا منه، بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستندة إليه، فأتاح لهن المشرع سماع دعاواهن بطلب التطليق، وواجه بذلك أمرا واقعا فيه إعنات للمرأة يتمثل فى تعليقها على ذمة الزوج عقد عليها بزواج عرفى ثم هجرها وأهملها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم، ولا تجد فكاكا من وصمة مثل هذا الزواج،

فيجيز لها المشروع رفع دعوى طلب التطليق عليه، وتسمع دعواها هذه إذا كان زواجها ثابتاً بأى كتابة وفى هذا الأمر عدل، وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة.

وغنى عن البيان أن الحكم بالتطليق فى مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفى بما يحرر الزوجة منها، ويفتح لها آفاق الدخول فى زوجية شرعية موثقة، ولا يترتب على ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطليق فى زواج رسمى موثق.

فقه المصطلحات

الزواج الشرعى ذلك العقد الذى استوفى أركانه وشروطه الشرعية من إيجاب وقبول وولاية وشهادة وصداق وإعلان، هذا الزواج، كان هو الصيغة التى ارتضاها المجتمع، وهو الذى ظل قائماً بين السلف والخلف بدون توثيق فى المجتمع حتى سنة ١٩٣١، لذلك كان الزواج غير الموثق أو ما يسمى بالزواج العرفى هو الزواج الشرعى حيث تعانق الواقع مع الشرع، ولم يكن ثمة مغايرة بين ما هو شرعى وما هو عرفى؛ لأن العرف سار على وفق الشرع وفى كنفه، وصح القول بأن الزواج العرفى هو زواج شرعى، بالنظر إلى أن الزواج العرفى متطابق مع الحقيقة الشرعية يدور فى فلكها، ويلتزم بمقرراتها.

وينبغى أن يكون معلوماً أن الزواج الشرعى، لا يقبل الانتقاص من أركانه وشروطه التى دلت عليها النصوص، وأجمعت عليها الأمة، وبقدر الإخلال بالأركان أو الشروط يفقد حقيقته الشرعية أو ينتقص منها، بحسب تخلف الركن أو الشرط، كما أنه بحسب إحكام واستيفاء الحقيقة الشرعية، يبلغ المنتهى فى التمام والكمال، كما هو الشأن فيما اشترطه القانون من توثيق العقد، وتسجيله فى وثيقة رسمية، إذ أن فى

الاستمساك بهذا الشرط ضمان للحقوق، واستيثاق لرعاية الأحكام الناشئة عن العلاقة الزوجية، وحماية الأولاد والنشء، من الفرار المفاجئ عن أعباء الحياة الزوجية، والحفاظ على قدسية هذا الميثاق الغليظ.

ويبدو أن الأخذ بهذا الشرط الأخير - التوثيق - كان تكأة للبعض للتحلل من شروط الشرع والقانون الخاص بالزواج، مع أن توثيق الزواج هو تحقيق وإعمال لمقتضى النص القرآني، في قوله تعالى: ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقاً غَلِيظاً﴾ [النساء: آية٢١] فإن التوثيق والميثاق مشتقان من مادة واحدة، ولا يطلق الميثاق إلا على ما هو موثق ومدون، والمواثيق لا تكون إلا في الاتفاقات والعقود ذات الخطر والشرف، بحسبان ما يترتب عليها من آثار وأحكام وليس أشرف ولا أجل من الحفاظ على لبنات المجتمع، ورعاية الناشئة، بالإضافة إلى أن توثيق العقد احتياط لحق النفوس والأشخاص أولى وأحرى منها لحق الأموال والأعيان، ومعلوم أن الكتابة شرعت لتوثيق الديون بقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: آية ٢٨٦].

وبدلاً من الحرص على الوفاء بمتطلبات الشرع من جانب الأركان والشروط، ابتدع البعض صوراً من الزواج المفتقدة للشرائط الشرعية بعدم وجود الولى أو بعدم الشهادة على العقد، أو بالتواصى على كتمان العقد، وعدم إعلانه، أو بإقامة العلاقة بين الرجل والمرأة سراً، أو بعدم وجود المهر، أو بافتقاد الكفاءة، أو بغير ذلك، ومن عجب أنهم جمعوا كل هذه الصور المخالفة لشروط الشرع تحت مسمى الزواج العرفى مغالطة واحتيالاً على أحكام الشرع، تحت ذريعة أن الشريعة لا تشترط التوثيق، وتحرير العقد فى الوثيقة الرسمية، فكأنهم بذلك المسلك وضعوا الزواج الشرعى فى مواجهة الزواج القانونى الموثق، على أساس أن حقيقة كل منهما

تخالف الآخر، وهذا ليس بصحيح كما أسلفنا، كما أنهم جعلوا ما نعتوه بالزواج العرفى - الذى انحرف عن الشرع - نظيراً وقريناً للزواج الشرعى زوراً وبهتاناً، إذ أن ما أسموه بالزواج العرفى ليس بزواج شرعى ولا عرفى لجريانه على خلاف الشروط الشرعية وما تعارف عليه المسلمون عبر مسيرة التاريخ الإسلامى من استيفاء الزواج للشروط الشرعية، كما أنه يفارق ما جرى عليه زواج الآباء والأجداد، حتى فى العهد القريب.

وقد تضافرت النصوص على اشتراط شروط فى العقد، نجتزئ منها: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُواْ الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: آية٢]، قوله تعالى: "فانكحوهن بإذن أهليهن" ﴿وَأَنكِحُواْ الأَيَامَى مِنكُمْ﴾ [النور: آية٣٢]، بالنسبة لاشتراط الولاية فى العقد؛ لأن الخطاب فى الآية للأولياء.

قول الرسول ﷺ: (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل)، وهو صريح فى اشتراط الولى وشاهدين عدلين فى عقد الزواج، قوله - صلوات الله عليه -: (أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدفوف)، قول الرسول - صلوات الله عليه -: (لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هى التى تزوج نفسها).

قول الرسول ﷺ: (لرجل زوج ابنته دون أن يأخذ رأيها فى زواجها: أشيروا على النساء فى أنفسهن).

ما روى أن رجلاً زوج ابنته لابن أخيه دون موافقتها، فذهبت إلى رسول الله ﷺ وقالت: "إن أبى زوجنى من ابن أخيه ليرفع به خسيسته، فخيرها رسول الله فى أن تجز ما أبرمه أبوها أو أن تفسخه ويفرق بينهما، فقالت: أجزت ما صنع أبى".

على هدى من هذه النصوص، جاء رأى جمهور الفقهاء، بعدم صحة تزويج البكر البالغة العاقلة نفسها، احتجاجاً بقوله ﷺ : (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل باطل باطل).

فإذا ما علمنا أن الزيجات التى شاعت وانتشرت بين أوساط وفئات من المجتمع كشباب الجامعات والمدارس، والأرامل وطلاب المتعة الحرام، واقترنت هذه الزيجات بمعايب أخرى، كفقدان الإعلان عن الزواج، أو نية التأقيت، أو نفى المهر، أو عدم وجود الكفاءة، وتعمد كتمان الزواج، أو إشباع الرغبة الجنسية ليس إلا، وغير ذلك من المثالب، إذا أدركنا ذلك علمنا أن إتباع رأى الجمهور هو الأولى بالإتباع، درءً للفتنة، وإبقاءً على قدسية العقد، واستمساكاً بأهداب الأسرة، ووقايتها من التحلل والانهيار، وهى خط الدفاع الأخير لتماسك المجتمع.

ولا يختلف الحال كثيراً حتى على رأى أبى حنيفة، الذى يجيز للبكر كاملة الأهلية أن تزوج نفسها بدون إذن وليها؛ لأن الإمام أبا حنيفة اشترط ليكون العقد صحيحاً ونافذاً أن يكون الزواج من كفء وبمهر المثل وبإشهاد عليه، وأن يكون له صفة الدوام والاستمرار، فإذا فقد العقد أياً من هذه المعانى، صار باطلاً أو قابلاً للإبطال، كما ندب أبو حنيفة أن يباشر العقد للفتاة كاملة الأهلية وليها[1].

ومفاد ذلك أن ما شاع وذاع فى الأوساط الاجتماعية فى الآونة الأخيرة، بأنه زواج عرفى، هو عند التحقيق ليس بالزواج الشرعى الصحيح، الجارى على مقتضى العرف الإسلامى السليم، وهو بالكيفية المغلوطة التى يطبقها البعض يفارق الزواج الشرعى، وينطوى على أوضاع

1- انظر، للمؤلف، الأسرة الإسلامية، ص ١٥٩.

وصور تخرج على مقررات الشرع، إذ الزواج فى الإسلام هو الذى جاء على وفق النموذج الشرعى فى توفر أركانه وشروطه ومقاصده الإسلامية، سواء بلغ درجة الكمال فى استكماله للأركان والشروط، والمقاصد وكان موثقاً، أو استكمل أركانه وشروطه ومقاصده وكان غير موثق.

وننبه إلى ضرورة تجاوز أحكام الشرع التي ثبتت بنصوص صحيحة، وهدم ثوابت الزواج فى الإسلام، تمحلاً ببعض الخلافات الفقهية؛ لأن هذه الخلافات هى اجتهادات فى نطاق الثوابت المتعلقة بالعقد، كما أن التجاوزات المصاحبة لما يسمى بعقد الزواج العرفى تنبو عن هذه الاجتهادات وتتعداها، وتنتهك ثوابتها، بل ولا نغالى إذا قلنا إنها تلعب عليها وتتحايل على أحكامها.

أتى نص م ٢/١٧ بحكم جديد، هو قبول دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال، إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة، ويظل قبول دعوى التطليق أو الفسخ استثناء على الأصل العام، الذى أكده صدر الفقرة: ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – فى الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ – ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية – ذلك أن النص إذا كان قد خلص إلى قبول دعوى التطليق أو الفسخ من الناحية الإجرائية، متى كانت العلاقة الزوجية ثابتة بأية كتابة، فإن مفاد ذلك أن أية كتابة تكون فى حوزة المتزوجة بدون وثيقة، وتكون كافية فى إثبات العلاقة الزوجية، فإنها تكفى لقبول دعوى التطليق، من ذلك مثلاً إرسال الزوج خطاباً إلى الزوجة يخاطبها فيه بهذه الصفة (أنها زوجته) بما يدل على وجود العلاقة الزوجية بينهما، أو ورقة تتضمن ضمن ما اشتملت عليه بياناً لقيام رابطة الزواج، كعقد إيجار شقة، ورد به أن العين مؤجرة لسكن المستأجر وزوجته، أو استمارة بيانات حررها الزوج عند نزوله مع زوجته فى أحد

الفنادق، إلى غير ذلك مما يستفاد منه ثبوت العلاقة الزوجية بالمستند المقدم وحده فى الدعوى أو استكماله بشهادة الشهود المؤيدة له، إذا ما قدرت المحكمة ذلك، وخلصت إليه وصولاً لإثبات العلاقة الزوجية بين الطرفين، بالدليل الكتابى أو مبدأ ثبوت بالكتابة، تخليصاً للزوجة من هذه العلاقة التى لا تكفل الأمان والاستقرار للزوجة.

وتجدر الإشارة إلى أن التطليق الذى توقعه المحكمة نيابة عن الزوج، باعتبارها ممثلة لولى الأمر، إنما يكون فى عقد زواج صحيح؛ لأن الطلاق مناطه العقد الصحيح، إذ هو مفارقة الرجل المرأة بحل عقدة الزوجية بينهما، وهو إجراء محدد فى عدد مرات استخدامه بثلاث مرات، ويترتب عليه إنهاء العلاقة الزوجية فى الحال كما فى الطلاق البائن، أو فى المآل كما فى الطلاق الرجعى، لكن يلاحظ أن تطليق المحكمة هو طلاق بائن أو بالنسبة للفسخ، فإنه حل للرابطة الزوجية، بسبب خلل وجد فى العقد عند إبرامه، أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره ومثال ذلك فسخ العقد بسبب زواج البالغة العاقلة بغير كفء أو بأقل من مهر المثل أو بسبب فوات خيار البلوغ، وقد يكون الفسخ نتيجة لطارئ طرأ على العقد، كالفسخ بسبب الردة، أو لارتكاب أحد الزوجين المحرم مع أصول أو فروع الزوج الآخر.

ويلاحظ أن إجابة المحكمة لطلب التطليق للمتزوجة عرفياً مرهون بوجود سبب يبرر التطليق، مثل إلحاق الضرر بالزوجة لبقائها أسيرة لزوج هجر الحياة الزوجية أو دائم الاعتداء عليها، أو لوجود عيب من العيوب التى تبرر التطليق، أو بسبب تعنته معها والإصرار على إبقائها على عصمته نكاية وتعذيباً فتكون معلقة لا تتوافر لها الحياة كزوجة بالمعنى الكامل، ولا هى مطلقة تستطيع أن تستأنف حياة زوجية جديدة.

وليس من حق الزوجة طالبة التطليق، أن تطالب بأية حقوق مالية مثل الحق فى مؤخر الصداق، أو المتعة أو نفقة العدة، أو غيرها من الحقوق المالية الناشئة عن العلاقة الزوجية فى هذه الحالة.

تطبيقات قضائية

من المقرر فى قضاء محكمة النقض وعليه عمل جميع المحاكم، أنه يجوز إثبات دعوى البنوة على الزوجية بالبينة الشرعية استثناء من حكم المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية، وبعبارة أخرى، يجوز إثبات البنوة بشهادة الشهود، ولو كانت الزوجية غير موثقة رسمياً.

إن المقرر فى قضاء محكمة النقض أن الزواج الذى لا يحضره شهود، هو زواج فاسد، يترتب عليه آثار الزواج الصحيح، ومنها ثبوت النسب بالدخول الحقيقى.

الطعن رقم ١٠٠/٥٥ ق، جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧

إقرار الزوجة فى وثيقة زواج أنها بكر لم يسبق لها الزواج رغم أنها ثيب وسبق لها الزواج والطلاق من آخر غير معاقب عليه قانوناً، إذا كان عقد الزواج الثانى الرسمى قد جاء متضمناً إقرار الزوجة على خلاف الواقع أنها بكر لم يسبق الزواج لها، فإنه لا تزوير ولا جريمة ولا عقوبة فى هذه الحالة، ولا بطلان أيضاً فى هذا العقد الرسمى؛ لأن المنصوص عليه شرعاً أن الرجل إذا تزوج امرأة بشرط أن تكون بكراً فوجدها ثيباً صح النكاح ولزمه كل المهر للدخول وكذلك النفقة، أما عن سبب زواجها أو طلاقها وانقضاء عدتها من الآخر قبل زواجها الجديد، فإن عدم ذكر كل ذلك فى العقد الجديد، لا يترتب عليه مسئولية جنائية، إذ يكفى إقرارها بخلوها من الموانع الشرعية.

الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٢٣ ق ، فى ١٩٦٤/٣/٩

المقرر فى قضاء محكمة النقض أن العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلاً شرعياً على قيام الزوجية والفراش، وعند أبى حنيفة لا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع، إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية وهى ما تكون بالتواتر.

الطعن رقم ١٢ لسنة ٣٦ ق ، جلسة ١٩٦٨/٣/٢٧

وقد جاءت الفقرة الثالثة والأخيرة من المادة:

ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة، إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه.

تغيا المشرع من صياغة هذه الفقرة من م ١٧ من القانون التوفيق بين مبدأ عدم الأخذ بالتطليق لدى بعض المذاهب المسيحية واليهودية كالمذهب الكاثوليكى، فهو لا يدين بوقوع الطلاق، وبين بعض المذاهب المسيحية أو اليهودية التى تدين بوقوع الطلاق وتلجأ إليه، ولو فى حالات محددة، وهذا المسلك الذى سلكه المشرع يرفع الحرج والضيق الذى كان ينشأ نتيجة إيقاع المحاكم الشرعية التطليق للزوج غير المسلم على زوجته غير المسلمة عند اللجوء إليها.

ولما كانت دعاوى الطلاق بأصولها الدينية والمذهبية، وآثارها الاجتماعية والأسرية، ذات حساسية خاصة، ومعتقد معين، يجب أخذه فى الاعتبار، فقد وازن المشرع بين فكرة النظام العام الذى يعتنق الطلاق كطريق قانونى لإنهاء العلاقة الزوجية، وبين المعتقد الخاص فى احترام ما تجيزه شريعة الزوجين متحدى الطائفة والملة، ومن ثم فقد أجاز قبول دعوى الطلاق بين الزوجين متحدى الطائفة والملة، متى كانت شريعتهما تجيزه، وهو ما يتعين معه توافر الشروط الآتية:

١- أن توجد دعوى مرفوعة بطلب الطلاق.

٢- أن يكون الزوجان متحدى الطائفة والملة.
٣- أن تجيز شريعة الزوجين الطلاق لإنهاء العلاقة الزوجية.

تقول المذكرة الإيضاحية عن الفقرة الثالثة من المادة (١٧):

تقابل حكم الفقرة الأخيرة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ويجرى حكمها بعدم قبول - بدلا من عدم سماع - دعوى الطلاق بين الزوجين غير المسلمين، إلا إذا كانت شريعتهما تجيز الطلاق.

النـص المقابـل

ورد فى المادة ١/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ونصه: ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخـر، إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق.

إن مؤدى نص هذه الفقرة، أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر، إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم القاضى، إذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق، هى ملة الكاثوليك، وهذا النص يؤكد قصد الشارع من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتها بوقوع الطلاق فقط.

نقض ٢٩/٢٦ ق فى ٦٣/٢/٩

التعليـــق

الفارق الأساسى بين ما نص عليه فى م ٣/١٧، م ٧/٩٩، هو عدم قبول دعوى الطلاق بين الزوجين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه، فكان الأثر هو عدم القبول، بينما الأثر فى اللائحة هو عدم السماع، وقد قلنا إن عدم القبول أكثر حسما،

وأبعد أثرا بالنسبة للدعوى منها من عدم السماع، ولا يوجد فارق بين الفقرتين فيما عدا ذلك اللهم إلا فى الصياغة.

ومن جهة الشريعة الإسلامية، فإن مسألة وقوع طلاق غير المسلمين، يدور بين عدم اختصاص الشريعة وتطبيق أحكامها على طلاق غير المسلمين، تأسيسا على قاعدة: أمرنا بتركهم وما يدينون؛ ولأن الطلاق من خصوصيات الأحوال ومن المسائل التى تتبع الديانة، فكان من اللازم الاحتكام إلى شريعتهم، وإقصاء أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الخصوص.

على أنه من ناحية أخرى، فإن فى الفقه الإسلامى، وبوجه أخص الفقه الحنفى، ما يعالج ذلك حيث يرى وقوع طلاق غير المسلم (الذمى) وتترتب عليه آثاره، وعلى حد تعبير البعض فإن طلاق الثلاث قاطع لعقد الزواج فى الأديان كلها.[1].

وواقع الأمر أن طلاق غير المسلم يقع إذا كانت شريعته تجيزه، وهو ما يتفق مع الشريعة الإسلامية، فإذا كانت شريعة غير المسلم لا تجيزه فتطبق شريعته، بحسبان أن شريعة غير المسلم، من قبيل الحكم الخاص، والشريعة الإسلامية، من قبيل الحكم العام، فيطبق النص الخاص لديهم، واحتراما لخصوصياتهم، والتزاما بحق الديانة بحسب الأصل أما إذا كان غير المسلم مختلف الطائفة والملة مع غير المسلم، فتطبق الشريعة الإسلامية؛ لأنها القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية، ولعدم توافر الشرط الذى نصت عليه المادة، وهو اتحاد الطائفة والملة، ولاتفاق ذلك مع فلسفة المشرع فى قانون الأحوال الشخصية، ولمواجهة كل الدعاوى المتعلقة بالطلاق، التى لا تخضع لشريعة من الشرائع.

---

[1] - ابن عابدين حاشية رد المحتار، جـ ٢، ص ٣٩٧.

تطبيقات قضائية

قالت محكمة النقض فى حكم لها: تجيز المادة ٥٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، طلب الطلاق، إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالا جسيما أدى إلى استحكام النفور بينهما، وانتهى الأمر بافتراقهما ثلاث سنين متوالية، على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق، حتى لا يستفيد من خطئه.

نقض ٤٠/٤ ق، فى ٧٢/٥/٢٤ .

وقضت: بأن مؤدى نص الفقرة السابعة من المادة (٩٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية – وعلى ما جرى به قضاء النقض – أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر، إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين، ولو توقف على حكم القاضى، إذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق، هى ملة الكاثوليك، وهذا النص يؤكد قصد الشارع، من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة، إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط، لا الطلاق المدعى به.

نقض ٣٦/٨ ق ، فى ٦٨/٢/١٤

وحكمت بأنه: متى كان الثابت لدى المحكمة أن الزوجة تنتمى إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس، بينما ينتمى الزوج إلى طائفة السريان الأرثوذكس من قبل رفع الدعوى، أى أنهما مختلفان فى الطائفة والملة، ويدينان بوقوع الطلاق، فإنه يكون للزوج أن يطلق زوجته إعمالا لقواعد الشريعة الإسلامية.

نقض ١٩/٤٥ ق، فى ٦٨/٢/١٤

٢١/١٧ ق ، فى ٧٠/١/١٤

المادة (١٨)

تلتزم المحكمة فى دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح – مع علمه بها – بغير عذر مقبول رافضا له.

وفى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما، إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين، وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل، تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما، ولا تزيد على ستين يوما.

المذكرة الإيضاحية

لما كانت الدعوة إلى قيام القاضى بدور فى الصلح بين الزوجين تجد أصلها فى المادتين ٦، ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، على أنها دعوة ترد فى ثلاثة مواضع فى المادتين المشار إليهما، وتقتصر على دعاوى التطليق، ولا تصل إلى الحد الذى يجعل الأمر شديد الوجوب، بالغا أقصى درجات الإيجابية.

ولذا فقد جاءت المادة (١٨) من المشروع، لتبقى على المبدأ العام فى الدعوة إلى الصلح، ولكنها جعلته التزاما وجوبيا على المحكمة، وعممته ليشمل جميع دعاوى الولاية على النفس، وفى نفس الوقت ولكى لا يكون دور المحكمة الوجوبى والإيجابى فى محاولة الصلح وسيلة يستخدمها بعض الخصوم لعرقلة الفصل فى الدعاوى، فقد نصت المادة ١٨ فى الفقرة الأولى على اعتبار من تخلف عن حضور الصلح – مع علمه به – رافضا له.

ومقتضى حكم الفقرة الأولى من المادة (١٨) وهو بذاته ما ينطبق على الفقرة الثانية منها، أن دور المحكمة فى محاولة الصلح يجب أن يكون إيجابيا، فلا تكتفى بمجرد طلب الصلح من الخصوم، أو إلقاء سؤال عابر عن مدى استعدادهم للصلح، وإنما يجب عليها أن تحيط بأسباب الخلاف، وتبذل مجهودا حقيقيا وكافيا لمحاولة إيجاد سبل إزالة هذه الأسباب، والوصول بالمتخاصمين إلى نقطة اتفاق وتصالح.

والفقرة الثانية من المادة (١٨) تفرد أهمية خاصة لمسألة الصلح فى قضايا الطلاق والتطليق، حيث حرصت على التأكيد على ضرورة أن تبذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين، أى أن درجة إيجابيتها في الغوص فى أسباب الخلاف ومحاولة إزالتها، يجب أن تكون أوفر وأعمق، فإن عجزت عن ذلك انفتح لها الطريق؛ لأن تحكم بالطلاق أو التطليق، بيد أنها إن عجزت، وكان للزوجين ولد، وجب عليها تأجيل الدعوى لمرة أخرى على الأقل لتبذل محاولة أخرى للصلح بينهما، إلا أنه حرصا على ألا تكون محاولة الصلح سبيلا لتأخير الفصل فى الدعوى، فقد تضمن عجز الفقرة الثانية النص على وجوب ألا تزيد المدة بين عرض الصلح للمرة الأولى والثانية عن ستين يوما، ومن البديهى أن المحكمة غير مقيدة فى أن تعرض الصلح أكثر من مرتين إن كان هناك ولد طالما التزمت بمدة الستين يوما، ولكنها لا تستطيع أن تحكم بالطلاق أو التطليق إلا إذا عرضت الصلح مرة أو مرتين على الأقل، بحسب الحالتين الواردتين فى النص.

وغنى عن الذكر أن عرض الصلح فى جميع الأحوال لا يكون إلا فى الأحوال التى تقتضى ذلك، فلا محل له فى الدعاوى التى ليس فيها نزاع حقيقى كدعاوى تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية،

وتوثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن، والإذن بزواج من لا ولى له، وتحقيق الوفاة والوراثة.

النصوص المقابلة

نص المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على الصلح عند وقوع الشقاق بين الزوجين، والتطليق للضرر فى المادتين (٦، ١١) على النحو الآتيى:

م ٦: إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، بعث القاضى حكمين، وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧، ٨، ٩، ١٠، ١١).

م ٣/١١: فإذا عجز القاضى عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقة بائنة، ويسقط حق الزوجة فى طلب التطليق لهذا السبب بمضى سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا، ويتجدد حقها فى طلب التطليق كلما تزوج بأخرى.

فقه المصطلحات

الصلح مشروع، لما فيه من إنهاء النزاع، ووأد الصراعات، وإزالة التباغض وسل نزعه الانتقام من النفوس وسنده الشرعى، قوله تعالى ﴿والصلح خير﴾ [النساء: آية١٢٨]، وقول الرسول – صلوات الله عليه – (كل صلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا).

وهو واجب متعين، إذا كان فى سلوكه فى نطاق العلاقات الزوجية، التئاما للشمل، ورأب الصدع الذى نزل بهذه العلاقة المقدسة،

وإعادة الوئام بين الزوجين، واستئناف الحياة الزوجية بعد انقطاع؛ لأن فيه تجسيدا للمودة والسكينة والرحمة التى من أجلها شرع الزواج، لتلقى العلاقة بهذه الأبعاد بظلالها على تماسك المجتمع وانصهار لبناته.

والمناط فى وجوب الصلح، وخروجه عن حكمه العام فى الظروف العادية، وهو الندب والاستحباب، أن فى عرضه على الزوجين مجانبة الطلاق، وتصدع الحياة الزوجية، والعمل على استئناف العلاقة الزوجية بعد تكدير وتوتر، لتعود إلى سابق عهدها من الوئام والوفاق، ومن ثم يضحى الصلح محتوما، ابتناء على قاعدة أن الأحكام تدور مع علتها وجودا أو عدما، وأن الوسيلة إلى الواجب واجبة.

التعليـــق

إن منحى المشرع فى هذه المادة، اتجه صوب أمرين أولاهما قدرا كبيرا من الأهمية، **أولهما**: تعميم عرض الصلح، والالتجاء إليه فى دعاوى الولاية على النفس دون تخصيص، لما تنطوى عليه طبيعة هذه الدعاوى من أحوال خاصة، وشئون أسرية، وترتيبا لمجمل العلاقات بين أطراف الرابطة العائلية، بما يبقى على الود والانصهار والتماسك فيما بينهم، ولا غرو فإنها ولاية تتعلق بحسن تنشئة الصغير وتربيته وتهذيبه، وتزويجه وضمه وحضانته، وتعليمه، والقيام على علاجه، وتوفير مقومات حياته، وكل ما يلزم لاستقامة حياته، ويحقق مصلحته ثم إن هناك حقوقا وواجبات لكل من الزوجين، والعلاقة بين الأصول والفروع، وتصحيح النسب والتبنى، والبنوة والأبوة والإقرار بالأبوة وإنكارها وغيرها.

ثانيهما: جعل المشرع الصلح إلزاميا، وأوجب تحكيمه فى دعاوى الولاية على النفس حتميا، حرصا من المشرع على توطيد أواصر

العلاقات الطيبة، فإن تحكيم الصلح فى المنازعات الأسرية، أنسب إلى طبيعة هذه العلاقات التى تتناول أخص خصوصيات الشخص، والتى يحرص كل الحرص على الحفاظ عليها، وعدم إفشائها، والنأى بها ما أمكن عن ساحات القضاء وردهات المحاكم، والعمل على إبقائها بين أطرافها، أو على مستوى الأهل، أو فى نطاق الأقارب، ويكونَ إذاعتها وتداولها فى المحاكم، الملاذ الأخير، والعلاج الجراحى الذى لا مفر منه بعد استنفاد كل الوسائل، وفى كل هذه القضايا لا تنفك هذه المساعى من أن تبذل تضييقا لشقة النزاع، وجمعا للشمل. وسيرا مع هذا الاتجاه ودعما له، كان من اللازم أن يجعل القانون أمر الصلح إلزاميا، وتفرضه المادة على الخصوم بناء على عرضه من المحكمة، فى غير إطالة ولا تعمد لتعطيل الفصل فى المنازعة، لذلك وضعت المادة لعرض الصلح حدا، بعد علم ذوى الشأن به، وتخلفه عنه بمثابة رفض الخصم له، وتسويف من جانبه يقصد به اللدد فى الخصومة، ويجب على المحكمة إثبات تدخلها بعرض الصلح بين الزوجين بمحاضر جلسات الدعوى.

أما بالنسبة لدعاوى الطلاق والتطليق بصفة خاصة، فلا يجوز للمحكمة أن تصدر حكما فيهما، إلا بعد بذل مساعيها الحثيثة والجادة للتوصل إلى الصلح بين الزوج والزوجة، وإنما منع القانون المحكمة من الحكم بالطلاق أو التطليق قبل عرض الصلح، بغية الإصلاح بين الزوجين واستمرار الحياة الزوجية وللحيلولة دون الطلاق أو التطليق بكل ما يترتب عليه من التداعيات والآثار المدمرة.

ويظل عرض الصلح على الزوجين مطلوبا بإلحاح فى حالة ما إذا كان للزوجين ولد، فعندئذ تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين كحد أدنى فى حدود فترة زمنية لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد على ستين

يوما، وسبب ذلك الحرص على مصلحة الأولاد؛ لأنهم أول من يضـارون من جراء انفصام الرابطة الزوجية، وأكبر ضحاياها.

وهذا النظـر يعـد أحـد الأبعـاد الاجتماعيـة التـى تبناهـا المشـرع للحفاظ على كيان الاسرة.

تطبيقات قضائية

قضت محكمة النقض بأنه: إذا ما أقامت الزوجة الدعوى بطلب الطلاق للضرر تعين على القاضى عرض الصلح على الزوجين، فإذا حالفه التوفيق فى الإصلاح بينهما فبـها، وإذا عجـز عـن الإصـلاح تعـين علـى المحكمة اتخاذ الإجراءات التى تتيح للزوجة إثبات وقائع الإضرار بها، وأهمها - على ما جرى عليـه العمـل - إصـدار حكـم تمـهيدى بإحالـة الدعوى إلى التحقيق، لتثبـت الزوجـة المدعيـة بشـهادة الشـهود عنـاصر دعواها، ويتعين أن يكون الشهود قد شاهدوا وقـائع الإضـرار بأنفسـهم، حيث لا يجوز إثبات الضرر بالشهادة السـماعية طبقـا للراجـح بـالمذهب الحنفى.

نقض رقم ٥٣/٦ ق ، فى ٨٤/٣/١٣

نقض رقم ٥٤/١ ق ، فى ٨٥/٤/١٦

أوجب المشرع على المحكمة أن تعـرض الصلح علـى الزوجـين، قبل إصدار الحكم فيها، فإن هى أغفلـت ذلـك، وقضـت فـى الدعـوى، اعتبر حكمها معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون، مما ينحدر بـه إلى مرتبـة البطلان، باعتبار أن شرطى الحكم بالتطليق للضـرر، همـا ثبـوت الضـرر والعجز عن الإصلاح.

نقض رقم ٥٢/٥٣ ق ، جلسة ٨٤/٢/٢١

لا يشترط حضور الزوجين لعرض الصلح عليهما شخصيا، إذ يكفى حضور وكيل مفوض فى الصلح عن كل زوج. ويكون رفض الصلح من أحدهما كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

نقض فى ٨٠/٣/٥ ، ص ٧٥٢

التطليق إعمالا لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ٢٩، شرطه عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين، لم يرسم القانون طريقا معينا لمحاولة الإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند اتخاذ هذا الإجراء، عرض الصلح على أحدهما ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

نقض رقم ٥٥/١٠٧ ق ، جلسة ٨٧/٣/١٧

وقضت المحكمة بالنسبة للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس:

مفاد نص المادة ٥٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، أن استحكام النفور بين الزوجين الذى يجيز الحكم بالتطليق، يجب أن يكون نتيجة إساءة أحد الزوجين معاشرة الزوج الآخر، أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالا جسيما، بحيث تصبح الحياة الزوجية مستحيلة، على ألا يكون ذلك الخطأ من جانب طالب التطليق، حتى لا يستفيد من خطئه، فإذا كان الخطأ راجعا إلى كل من الزوجين، واستحالت الحياة بينهما، فإنه يجوز التطليق فى هذه الحالة أيضا ليتحقق ذات السبب، وهو تصدع الحياة الزوجية، بما لا يستطاع معه دوام العشرة، ولا وجه للتحدى بأن الخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية لكنيسة الأقباط الأرثوذكس للايفومانس فيلوثائوس تقتصر فى هذه الحالة على محاولة التوفيق بين الزوجين، ذلك أنه إذا استمر الخلاف بينهما، وأصبحت الحياة الزوجية مستحيلة بما لا

يتحقق معه أغراض الزواج، فلا يكون هناك محل لتطبيق ما ورد في الخلاصة القانونية بهذا الخصوص، بشأن تأديب الأب الروحى للزوجين حتى يتوبا وينصلح أمرهما، ويتعين الحكم بالتطليق.

نقض ٣٩/١٨ ق ، جلسة ٧٢/٥/١٠

المادة (١٩)

فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها ندب حكمين، على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكم من أهله، قدر الإمكان، فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه.

وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلصا إليه معاً، فإن اختلف أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين.

وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى.

المذكرة الإيضاحية

جاء حكم المادة (١٩) من المشروع متناولاً بالتعديل بعض هذه الأحكام، مبقياً على ما لم يتناوله قائماً ونافذاً فى النصوص المشار إليها، فأوجب على المحكمة أن تكلف كلاً من الزوجين بتسمية حكمه فى الجلسة التالية على الأكثر، فإن لم يفعل عينت المحكمة حكماً عنه دون أى تأجيل ليقوم بهذه التسمية، وذلك قطعاً لدابر ما استشرى بين الخصوم من جعل تسمية الحكم وسيلة لإطالة أمد النزاع.

وفى نفس الوقت حرصت الفقرة الثانية من المادة (١٩) على التأكيد على وجوب أن يتمم الحكمان مهمتهما فى المدة ما بين تعيينهما والجلسة التالية التى تحددها المحكمة، حيث يلتزمان بالحضور فيها ليقدما إلى المحكمة ما خلصا إليه، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور، تسمع المحكمة أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين، وعلة هذا الحكم أنه يحلف اليمين ليقرر بما خلص إليه من معلومات عن

حقيقة النزاع وأسبابه، ومن هنا فإن أقواله تصبح فى ذاتها شهادة يمكن أن تعول المحكمة عليها فى قضائها.

وقد جاءت الفقرة الثالثة من النص لتؤكد على هذا، فهى تتيح للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان بصفتهما حكمين، أو بأقوال أيهما – وقد حلف اليمين – بصفته شاهداً، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى، ومنها أقوال الزوجة، ليكون فى ذلك كله مجالاً وقد تعرفت المحكمة على حقيقة النزاع وأسبابه، وتوافرت لديها أدلة وقرائن؛ لأن تستغنى المحكمة عن مرحلة التحقيق، وتقضى فى الدعوى بقضاء يستند إلى ما توافر لديها من أدلة وقرائن.

فقـه المصطلحـات

التحكيم كما عرفه ابن عابدين: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما[1]، فالحكم يعين بواسطة طرفى الخصومة، ليصدر حكمه فى النزاع المعروض، ويمكن أن يعرف بأنه: تفويض النظر إلى اثنين فأكثر للفصل فى النزاع القائم بشروط خاصة، بقرار ملزم لصدور عن ولاية شرعية، والتحكيم مشروع فى الإسلام، دل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء: آية ٣٥].

وللحكمين سلطة استقصاء أسباب النزاع بين الطرفين، وإبداء رأيهما بالإصلاح بين الزوجين، أو بالتفريق بينهما، وهو ما يدل عليه أن رجلاً وامرأة جاء إلى على بن أبى طالب، ومع كل منهما جمع من الناس، فأمرهم على أن يبعثوا رجلاً حكماً من أهله، ورجلاً حكماً من أهلها، ثم قال للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا

---

[1] – حاشية ابن عابدين، جـ ٤، ص ٣٦١.

جمعتما، وإن رأيتمـا أن تفرقا فرقتمـا، وقـد روى مثـل هـذا أيضـاً ابـن عباس.

شـرح المـادة

تلتزم المحكمة بندب حكمين فى دعاوى التفريق التى يسـتوجب فيها القانون وجود حكمين، كما فى دعاوى التطليـق للضـرر، والخلـع، وقد أكدت المادة على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، وهو ما كـان قد سبق النص عليه من أنه: يشترط فى الحكمـين أن يكونـا عدلـين مـن أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم من لهم خبرة بحالهمـا، وقـدرة على الإصلاح بينهما.

ومقتضى نص المادة، أن الحكمين يعينان من قبل الطرفين، ممـن لهما صلة بالزوجين من الأهل والأقارب، وممن لهما دراية بحكم الشرع، وحال الزوجين، ومصلحة الأسـرة، ومـع ذلـك، فـإن المحكمـة تتصـدى لتعيين الحكمـين فـى الجلسـة التاليـة علـى الأكـثر إذا تقـاعس أى مـن الطرفين عن تعيين حكمه، أو فى حالة ما إذا تخلف أحد الأطراف عـن حضور هذه الجلسة التى ينبغى تسمية الحكمين فيها، والمقصد من تعيين الحكمين فى الجلسة التالية، وضع حد لإطالـة أمـد النـزاع، والحيلولـة دون التعسف فى استخدام هذه الحق المقرر للطرفين.

ومهمة الحكمين تنحصر فـى تقديـم تقريـر عـن واقـع الدعـوى، وتلمس سبل الإصلاح قدر الإمكان، وأن يبحثا أسباب النزاع، ويسـتهدفا صالح الأسرة بصدق وأمانة، بقرار ملزم بالصلح أو التطليق، ومؤدى النص أن مصدر قرار الحكمين هـو الحكم؛ لأنـهما محكمـين مخـولان بـإصدار حكم، ورأيهما ملزم شرعاً، وهو ما حدا بمحكمة النقـض إلى القـول بـأن طريقهما الحكم لا الشهادة.

ولطرفى النزاع الاعتراض على المحكم، متى كان لديه المبررات المؤيدة لهذا الاعتراض على شخص الحكم، كما لو أثبت وجود خصومات بينه وبين الحكم، أو عداوات سابقة على اختيار الحكم لمهمة بحث النزاع، أو وجدت المواقف الدالة على وجود عداوة بينه وبين الحكم، حذرا من اتخاذه موقفاً يجافي العدالة، وهو ما أدانه القرآن بقوله: ﴿وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىَ أَلاَّ تَعْدِلُواْ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىَ﴾ [المائدة: آية ٨]، والشنآن هو الغضب الذى يجعل القاضى يتأثر بخصومته، ويميل فى حكمه، وقد تكون المودة، والصلة العضوية المباشرة، سبباً كذلك فى الانحياز وإتباع الهوى، لاتحاد المصلحة، كما لو كان الحكم من الأصول أو الفروع، فإنه انطلاقاً من ذات الاعتبار، يجوز الاعتراض عليه ورده، بل وللمحكمة أن تنتدب غيرهما، بما لها من سلطة فى تحقيق العدالة والحيدة بين أطراف النزاع.

وتكلف المحكمة الحكمان بالمثول أمامها فى الجلسة التالية لتعيينهما لتقديم تقريرهما عن النزاع الماثل أمامها، بوازع من ضميرها، ودون توجيه من المحكمة لهما بمعالجة النزاع على وضع من الأوضاع، ولهما أن يتخذا من الوسائل، وأن يسمعا من الطرفين ومن غيرهما ما يتوصلان به إلى استخلاص وجه الحق والمصلحة فى القضية وتقوم المحكمة بتحليفهما اليمين، وتسمع أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما، أو تضطلع على التقرير المكتوب المقدم منهما أو من أحدهما فى هذا الخصوص.

ويبدو أن المحكمة تلتزم بما انتهى إليه الحكمان متى اتفقا فى الرأى، فإذا اختلفا كان لها أن ترجح رأى أحدهما على الآخر؛ لأنها الحكم الأعلى، وبما لها من بصر وبصيرة فى النفاذ إلى لب النزاع، واستخلاص ما تدل عليه الأوراق، وما يبديه الأطراف من الحجج

والبراهين، وعلى المحكمة أن تقوم بتحليف المحكمين، بأن يقوم كل منهما بأداء مهمته بعدل وأمانة.

وفى حالة ما إذا كان الحكمان، من غير أهل الزوجين، فيمكن للمحكمة، أن تفرض أتعاباً للحكم، فى صورة أمانة لمواجهة مصاريف انتقالاته، أسوة بما يجرى عليه العمل مع الخبير، وتلتزم الزوجة بسداد هذه الأمانة، على أساس أنها رافعة الدعوى.

وقد جرى العمل بالمحاكم، على أنه فى حالة عدم توافر حكمين من أهل الزوجين أن تندب المحكمة حكمين من إدارة الوعظ والإرشاد بالأزهر الشريف، للقيام بمهمة التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أنه وفقاً لما نصت عليه المادة، أضحى رأى المحكمين استشارياً لا يلزم المحكمة، فلها أن تأخذ برأيهما أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى.

تطبيقات قضائية

من الأصول المقررة فقهاً والمتواضع عليها، أنه إذا أطلق النص فى التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، وكانا المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه نص المادة السابعة من القانون ١٩٢٩/٢٥، أنه إذا لم يكن من الأهل – أهل الزوجين – أحد يوصف بما يستحق به المحكم، أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما، فيختار من هو عدل من غيرهما من المسلمين، مما مؤداه أنه يشترط أن يكون الحكمين المنتدبين من دائرة الأقارب اتصال بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما، ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامةما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين.

نقض ٤٣/١٢ ق ، جلسة ١٩٧٥/٥/٢٨

كما يتم ترشيح الحكمين أمام محكمة أول درجة، فإنه يجوز أن يتم بعثهما لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كما إذا قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى، فطعنت المدعية على الحكم، وثبت أمام محكمة الاستئناف، تكرار الشكوى.

نقض في ١٩٧٤/٢/٢٠

من حيث إن اختيار المحكم لا يغل سلطة القاضي عن النظر فيما صدر منه من الحكم مطلقاً، فبديهي أنه من باب أولى يكون للقاضي حق النظر فيه إذا كان هذا التحكيم أو الحكم مخالفاً للشرع والقانون.

٣٠/١٠٦٧ كفر الشيخ، في ١٩٣١/١٠/٢٩

لما كانت قواعد التحكيم الواردة من ٧ إلى ١١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، سواء قبل تعديلها بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ٧٩ أو بعد هذا التعديل، قد أخذت من مذهب الإمام مالك، فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكام فيما لم يرد به نص صريح في المواد المشار إليها. وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكام على اعتبار أن طريقهم هو الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط، وإن لم يرد له نص صريح في المادة السابعة بعد تعديلها بالقرار بقانون المشار إليه، لما كان ذلك، وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط، فيمن بعثتهم حكاماً في الدعوى بأن كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء الحكام، فإن الحكم المطعون فيه، إذا اتخذ من هذا التقرير سنداً لقضائه بالتفريق يكون بدوره باطلاً.

الطعن ١٣ لسنة ٥٥ ق، ١٩٨٦/٣/١١

بعث حكمين إذا كررت الزوجة شكواها بطلب التطليق للضرر، شرطه عدم ثبوت الضرر فى الدعوى الثانية، قضاء الحكم المطعون فيه بالتطليق استناداً إلى توافر المضارة الموجبة للتطليق صحيح، النص عليه بعدم اتخاذ إجراءات التحكيم على غير أساس.

الطعن رقم ٦٤/٤٤٩ ق ، فى ١٩٩٩/٢/١٥

المـادة (٢٠)

للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما علـى الخلـع، فـإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسـها، وخـالعت زوجـها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت عليـه الصـداق الـذى أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع، إلا بعد محاولة الصلح بـين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاة مسـاعى الصلـح بينـهما خـلال مـدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بـالفقرة الثانيـة مـن المـادة (١٨) والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩) من هذا القـانون، وبعـد أن تقـرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سـبيل لاسـتمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتـهم أو أى حق من حقوقهم.

ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن ويكون الحكم – فـى جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن.

المذكرة الإيضاحية

تنـاولت المـادة (٢٠) مـن المشـروع تقنـين نظـام الخلـع، والـذى يتأسس فى فقه الشريعة الإسلامية، على مصدرين: **أولهما**: هـو القـرآن الكريم حين ورد فى سورة البقرة: **﴿الطـلاق مرتـان فإمسـاك بمعـروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهـن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جنـاح عليـهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حـدود اللـه فأولـئك هـم**

﴿الظَّالِمُونَ﴾، فلا جناح ولا إثم على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت.

وثانى المصدرين هو السنة النبوية الشريفة الثابتة، وهو ما روى البخارى والنسائى عن ابن عباس: "من أن امرأة ثابت بن قيس، قد جاءت إلى الرسول ﷺ وقالت: يا رسول الله: إنى ما أعيب عليه فى خلق ولا دين، ولكنى أكره الكفر فى الإسلام ما أطيقه بغضاً، فقال لها رسول الله ﷺ : أتردين عليه حديقته؟ وكانت صداقاً لها، فقالت: نعم وأزيد، فقال لها: أما الزيادة فلا، وأمره أن يقبض الحديقة ويخلى سبيلها، وفى رواية أخرى، ويطلقها تطليقة، وفى رواية ثالثة: أنه طلقها عليه".

وبالرغم من أن هذا النظام الذى تقرره الشريعة الإسلامية، قد ورد ذكره فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى موضعين، هما المادتان (٦، ٢٤) إلا أنه لم يقنن فى تنظيم قانونى يبين كيفية تطبيقه، حتى رأى المشرع تقنينه؛ لأنه يؤدى إلى تطليق يسترد به الزوج ما دفعه، ويرفع عن كاهله عبء أداء أى من الحقوق المالية الشرعية للزوجة من بعد ذلك، فيزول عنه بذلك أى ضرر، مما يجعل إمساكه للزوجة بعد أن تقرر مخالعته إضراراً خالصاً بها، والقاعدة الشرعية: أنه لا ضرر ولا ضرار، كما أنه يعفى الزوجة إن ضاق بها الحال من إشاعة أسرار حياتها الزوجية، وقد يحول الحياء بينها وبين أن تفعل، وقد تكون قادرة على أن تفعل ولكنها تأبى لأنها ترى فى هذه الأسرار ما يؤذى أبناءها فى أبيهم، وخاصة حين يسجل ما تبوح به فى أحكام قضائية.

وهكذا فقد جاءت المادة (٢٠) لتقرر فى فقرتها الأولى القاعدة: بأنه إذا افتدت الزوجة نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع

حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذى دفعه لها، حكمت المحكمة بتطليقها منه طلقة بائنة.

وتنازل الزوجة هنا يكون عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وتشمل مؤخر صداقها ونفقة العدة والمتعة، ولكن التنازل لا يشمل حقوق صغارها من نفقة أو خلافه؛ لأنها ليست حقوقاً خاصة بها، بما تملك معه التنازل عنها، وأما ما تقدمه لزوجها فهو مقدم الصداق الذى دفعه لها، وهو المقدم الذى يثبت فى عقد الزواج، فإن كان ما ورد فى عقد الزواج غير مسمى، وتنازع الطرفان فى قدره، طبقت المحكمة حكم المادة (١٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لبيان مقدار مقدم الصداق الذى تلتزم الزوجة برده إلى زوجها.

وإذا قررت الزوجة أمام المحكمة بمخالعتها زوجها، وقدمت إليه الصداق الذى دفعه لها، فرفض استلامه، أو لم يمثل أمام المحكمة بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً، فتبرأ ذمتها بإيداع قيمة هذا الصداق كاملة خزينة المحكمة لحساب زوجها ليصرفها دون قيد أو شرط.

ولأن الدعوى التى ترفعها الزوجة فى هذه الحالة، هى دعوى تطليق، فإنها تخضع لحكم المادة (١٨) من هذا القانون، بحيث لا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتطليق إلا بعد أن تبذل جهداً إيجابياً فى محاولة الصلح بين الزوجين، وأن تتكرر هذه المحاولة مرتين إن كان لهما ولد. فإن عجزت عن الصلح حكمت بتطليق الزوجة من زوجها طلقة بائنة، والطلقة هنا تكون بائنة بينونة صغرى، إذا لم تكن مكملة للثلاث، فلا تجوز الرجعة إلا بعقد ومهر جديدين، أما إن كانت مكملة للثلاث، فتكون بائنة بينونة كبرى، ولا يجوز أن يتزوجها مطلقها بعقد ومهر جديدين، إلا بعد أن تكون قد تزوجت من غيره زواجاً صحيحاً، ثم انقضى هذا الزواج بالطلاق أو الوفاة.

وعلة الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة (٢٠) بعدم قابلية الحكم الصادر بالتطليق فى حالة الخلع للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن، هو أن نظام الخلع كما ورد بالقرآن الكريم، وكما طبقه الرسول عليه الصلاة والسلام هو أن المرأة فى هذا النظام تفتدى نفسها؛ لأنها لا تطيق الزوج أو لا تقبله أو غير ذلك من أسباب لا تريد الإفصاح عنها، ومن ثم فإن المحكمة هنا لا تبحث فى أسباب قانونية أو شرعية معينة أو أضرار محددة يمكن معها أن تصيب أو تخطئ، فيصبح هناك محلاً لأن يطعن فى حكمها، وإنما يقتصر الأمر على الحصول على إقرار الزوجة بتنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردها للمهر الذى دفعه لها زوجها، ثم محاولة المحكمة الصلح بين الزوجين فإن عجزت حكمت بالتطليق طلقة بائنة، بما تنتفى معه أية علة؛ لأن يفتح طريق الطعن فى هذا الحكم، وتنفتح أبواب الكيد واللدد فى الخصومة التى حرص المشروع على سدها، وسعي لأن يكون هذا الطريق الذى قررته الشريعة الإسلامية السمجاء سبيلاً لرفع عبء مئات الألوف من القضايا عن كاهل المحاكم، لم يدفع إليها إلا الرغبة فى الكيد والإيذاء.

ومن البديهى أنه قد تكون بين الزوجين معاملات مالية يحق معها للزوجين مطالبة كل منهما للآخر بها، وهى حقوق تخضع بعد تطليقها للقواعد العامة فى أحقيتهما اللجوء إلى القضاء للمطالبة بها.

فقه المصطلحات

الخلع حق خوله الشرع الإسلامى للمرأة تنهى به رابطة الزوجية، نظير مال تدفعه للرجل، عوضاً عما تكبده من مال عند الزواج بها، والخلع ورد متسقاً مع المنظومة الإسلامية فى إجراء التوازن فى الحقوق والواجبات بين طرفى العلاقة الزوجية بدءً وانتهاءً، فإن من أعطى المرأة حق اختيار قرينها، والموافقة عليه، خول المرأة كذلك الحق

في إنهاء العقد إذا استحكم النفور، وانقلبت العلاقة الزوجية من المودة والسكينة إلى البغض والشقاء، وبذلك تتوازن الحقوق، وكما ثقل ميزان الرجل في جانب إيقاع الطلاق، باعتباره راعي الأسرة، المسئول عنها، فقد كفل الشارع حق المرأة في حماية اختيارها بالانفصال عن الرجل؛ لأسباب حتمية، واعتبارات تقديرية لديها، عملاً بالأساس الموضوعي في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: آية٢٢٨]، فإنه الأصل الذى تنبثق عنه كل الفروع، وبنص خاص بقوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: آية٢٢٩].

والخلع من الناحية الشرعية يتفرد عن الطلاق، من حيث إن التطليق في الخلع يكون دائماً بائناً، ولا يحل للرجل مراجعة مطلقته فيه؛ لأن هذا هو المقصود الأساسي من اللجوء إليه، والغاية من دفع المرأة المال لتتحرر من رابطة زوجية لا ترضى عنها، ولا تبغى استمرارها، بينما الطلاق كما هو معلوم يكون رجعياً وبائناً.

إن العدة في الخلع تكون حيضة واحدة، أو شهر واحد قياساً عليها اعتباراً بعنصر الحسم في إنهاء الرابطة الزوجية، بينما العدة في الطلاق تكون بثلاثة حيضات أو ثلاثة أشهر.

إن الخلع يسقط الحقوق المالية الشرعية الثابتة وقت وقوعه، عند الإمام أبي حنيفة[1]، في حين أن الطلاق يوجب هذه الحقوق المالية للمرأة، ويجعلها مستحقة الأداء.

وقد أجاز الإسلام للمرأة أن تتنازل عن حقوقها المالية، ومنها الصداق وثبت ذلك بقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ

---

[1]- الهداية للمرغيناني، جـ ٢، ص ١٦.

لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً﴾ ، وفى الخلع تطيب نفس الزوجة بأداء ما أصدقه الزوج لها، لتفتدى نفسها من هذه الرابطة الزوجية التى تبغضها، والتى تبغى التحرر من ربقتها.

وقد روى أن الربيع بنت معوذ اختلعت من زوجها بكل شيئ تملكه، فخوصم فى ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه، وأمره بأخذ عقاص رأسها فما دونه، وظاهر ذلك أنها كانت مبغضة له، فعلم من ذلك إباحة أخذ الزيادة" وهو خلاف الأولى، فإن الزوج لا يأخذ منها إلا ما أداه لها من صداق.

وإذا كان الخلع مطلوباً إجابته من الرجل فى الشرع بنصوص القرآن والسنة، متى كرهت المرأة زوجها، وافتدت نفسها منه، لعدم تحقق مقصود الشرع، ومصلحة الأسرة والمجتمع، فى الاستمساك بشكل رابطة زوجية، تحمل فى طياتها معول هدمها، نقول مع كل ذلك، فإنه يكره شرعاً أن تخالع الزوجة زوجها مع استقامة حاله، للبحث عن الآخر، وللرغبة فى التغيير من غير بأس؛ لأنها بسلكها ذلك تهدم الحياة الزوجية بغير سبب جدى حقيقى، وتعرض أسرتها للضياع وانحراف الأولاد وتفكك المجتمع، وهو مسلك مؤثم بنصوص منها قول الرسول ﷺ : (المختلعات هن المنافقات) ولحديث النبى ﷺ : (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة).

وتجدر الإشارة إلى أن الخلع والطلاق على المال قد ينفقان فى وجود العوض مقابل الطلاق وتخليص الزوجة من العلاقة الزوجية؛ إلا أنهما مع ذلك يختلفان فى أن الخلع يكون يصيغة الخلع أو ما فى معناها، كما أنه يسقط حقوق الزوجة المالية الشرعية، بينما الطلاق على مال يتم بلفظ الطلاق، ولا يترتب عليه إلا التزام الزوجة بدفع المال المتفق عليه لحصولها على الطلاق.

شرح المادة

أثارت هذه المادة الخاصة بالخلع، ردود فعل متباينة لدى الناس، وأحدثت جدلاً فى أوساط المجتمع المختلفة، وفيما بين الرجال والنساء، واحتدم الخلاف حولها ما بين مؤيدون قلة، ومعارضون كثرة، حتى نعت البعض مشروع القانون كله، بأنه قانون الخلع، وحمل البعض على هذه المادة، إلى حد القول بأنه ما وجد مشروع القانون من الأساس إلا من أجل الخلع، وتضمينه بين دفتيه.

والحق أن الموضوع ما كان يستأهل كل هذا الصخب وذلك الاعتراض؛ لأن مادة الخلع تستمد وجودها من الشرعية الإسلامية وليست بدعاً من القول، وحسب المعارضين أن يقلبوا صفحات الكتاب والسنة لكلى يجدوا النصوص صريحة فى شرعية الخلع نظراً وعملاً، تأصيلاً وواقعاً، وليس من بأس بعد ذلك أن يتناول الموضوع برمته فى إطار الاختلاف فى الرأى، المحكوم بقاعدة: رأيى صواب يحتمل الخطأ ورأى غيرى خطأ يحتمل الصواب.

فإذا ما نظرنا إلى مادة الخلع، فإننا نجد بعض القسمات الواضحة التى تشكل معالم الخلع، كما ينبغى تطبيقه، وهى:

- أن الخلع فى مبدئه يقوم على الاتفاق، ويتأسس على التراضى بين الزوجين، ابتناءً على الأساس الإسلامى، فى ضرورة توافر الرضائية واجتماع الرأى على الشئون المشتركة بين الرجل والمرأة طرفى عقد الزواج، وهو مفاد نص القرآن: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

- أنه عند تعذر الاتفاق بين الزوجين، وفشلهما فى الوصول إلى إنهاء العلاقة الزوجية، بناء على رغبة المرأة الحثيثة، وإصرار الرجل

على الرفض فإن للزوجة أن تقيم دعواها بطلب الخلع وافتداء نفسها من زوجها.

- أنه بعد إقامة دعوى الخلع، تنتقل مسئولية حسم النزاع، وإزالة الشقاق من نطاق الطرفين، إلى نطاق المجتمع ممثلاً في سلطة القضاء، الذى يحكم بالتطليق وإنهاء العلاقة الزوجية، وهذا المنحى، مؤصل في قوله تعالى: ﴿وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَآ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ فإن الخطاب في صدر النص للمجتمع، ولولى الأمر، بدلالة صيغة الجمع بقوله : لكم، تأخذوا، خفتم.

- أن المرأة المختلعة للقضاء لها بالتطليق، عليها أن ترد للزوج الصداق الذى دفعه لها، وأن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية؛ لأنها الطالبة للطلاق رغماً عن الرجل، والساعية إليه، ولما كان الرجل قد بذل لها المهر عند الزواج بها، فعليها أن تعيد إليه هذا المال؛ لأنها تسببت بطلبها في هدم هذا الزواج الذى يحرص عليه، فإذا كان المهر غير مسمى، واختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة، فإن عجزت كان القول للزوج ولما كانت تستحق حقوقاً مالية تعويضاً لها عن مفارقة زوجها الذى طلقها بإرادته المنفردة، فكذلك لا تستحق هذه الحقوق المالية؛ لأن التطليق تم بناء على إرادتها المنفردة، فكان هذا الإسقاط جزاء وفاقاً، وتأسيساً على أن كل حق يقابله واجب.

- أن المحكمة ملتزمة بعرض مساعى الصلح بين الزوج والزوجة، إبقاءً على العلاقة الزوجية بينهما، وإفساح المجال لاستعادة العلاقة الطيبة وتبصير الزوجة بمغبة فصم العلاقة الزوجية، وإتاحة الفرصة

للصلح بين الطرفين، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الأَنْفُسُ الشُّحَّ﴾.

- ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع، إلا بعد أن تستنفد مساعيها فى الصلح بين الزوجين، وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل، تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً، ولا تزيد عن ستين يوماً، وقد قضت محكمة النقض بأن التزام المحكمة بمحاولة الإصلاح بين الزوجين قبل القضاء بالتطليق للضرر، وإلا كان قضاؤها باطلا، عدم لزوم هذا الإجراء عند القضاء برفع الدعوى، الطعن رقم ٦٤/١٠١ ق، فى ٩٨/١٢/٢٨م.

- أن المحكمة ملتزمة بالإضافة إلى الصلح، بندب حكمين، فى سبيل تكثيف المحاولات الرامية إلى تحقيق الهدف المرجو فى إنقاذ العلاقة الزوجية من الانهيار، وتلمساً لاستمرارها وبعثها من جديد، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر.

- أن على المحكمة أن تستعرض ما قرره الحكمان حول العلاقة الزوجية بعد بحثهما وتمحيصهما لأسباب الشقاق، فإذا تخلف أحدهما فتكتفى بسماع أقواله حول مرئياته لهذه العلاقة، بعد حلف اليمين.

- أن المحكمة تعتمد فى تكوين عقيدتها على ما ينتهى إليه الحكمان أو أحدهما، لكن هذا لا يحول بين المحكمة وبين تكوين عقيدتها من مصدر آخر باعتمادها على أقوال الزوجين، وما تستقيه من أوراق الدعوى.

- لا تحكم المحكمة بمخالعة الزوجة من زوجها، إلا بعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، استمدادا من قوله تعالى: ﴿**فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾، وفيما ورد بالحديث: (ولكنى أكره الكفر فى الإسلام ما أطيقه بغضا).

- لا يؤثر القضاء بالخلع، على إسقاط حقوق الصغار، سواء المتعلقة بحضانتهم أو بحقهم فى الرضاعة أو حقهم فى النفقة أو المصروفات الدراسية وغيرها؛ لأنها حقوق تتصل بوجودهم ذاته، وبحقهم فى التربية والتهذيب.

- أن الخلع تقع به فى جميع الأحوال طلقة بائنة، وهذا ما يتفق مع قول الفقه، لكن الجديد فى التطليق للخلع، أن الحكم يه، يكون غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية، وبهذا النص أو صدت المادة الباب على أى محاولة لتعديل حكم التطليق فى الخلع أو إلغائه.

ملاحظات على تطبيق المادة:

أولا – الملاحظات الخاصة بالصداق:

تثور مشكلات ومطالبات عدة من جانب الأزواج بشأن الصداق، ومتعلقاته المالية، مثل الشبكة والهدايا، أو أن الصداق المسمى فى العقد، صورى صورية مطلقة، مما يعد معه رد الزوجة للمهر المسمى فى الوثيقة غير معبر عن الحقيقة والواقع.

علقت المذكرة الإيضاحية على ذلك بأنه: إذا كان عاجل الصداق مسمى فى العقد، ولكن الزواج ادعى أنه دفع أكثر منه، قضت المحكمة

بالخلع برد الزوجة القدر المسمى في العقد، وانفتح الطريق للزوج أن يطالب بما يدعيه بدعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة.

وإذا كان موقف المذكرة الإيضاحية يقضى بإيقاع المحكمة للخلع، والتجاء الزوج المخلوع إلى المحكمة المختصة للمطالبة بالصداق الحقيقى، بدعوى مستقلة، فإن هذا الموقف محل نظر لما هو آت.

- أنه يتعارض مع مقتضيات النصوص الخاصة بالخلع، بقول الرسول ﷺ لامرأة ثابت بن قيس: (أتردين عليه حديقته – وكان قد أصدقها حديقة – فقالت: نعم وزيادة، فقال لها: أما الزيادة فلا، وقال لثابت اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)، فالثابت من الحديث أن المختلعة ترد على الزوج الصداق الذى أعطاه لها حقيقة وفعلا، لا صورية وشكلا.

- أن ما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية، يتعارض مع ما جاء بنص المادة (٢٠) بقولها: وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها. وتفسير الصداق الذى أعطاه الزوج لها، ليس له إلا معنى واحد، هو أن ترد الزوجة المهر الذى قبضته بنفسها أو بوكيلها؛ لأن الإعطاء يتحقق بخذ وهات وهى المعاطاه من الجانبين، والمماثلة بين العوضين، ولا تتم هذه المعاطاه وتلك المماثلة إلا برد المهر الحقيقى والفعلى لا المهر الصورى أو الشكلى.

- أن الظروف والملابسات المحيطة بعقد الزواج تكاد تقطع بأن الزوج يقدم لزوجته شبكة عند إرادته الزواج بها، وقد صارت الشبكة عرفا مستقرا، تتسع له قواعد الشريعة، طبقا لقاعدة: المعروف عرفا كالمشروط شرطا، وقد اعتبرت الشبكة جزء من المهر وملحقة به، لما تمثله من مبلغ مالى كبير، ولقصد المتعاقدين إليها، وتفاوضهم حولها شأنها شأن المهر، وبالنسبة للصداق نفسه فقد شاع فى

أوساط الناس، النص فى الوثيقة على مبلغ صورى كجنيه أو أكثر أو أقل وهو لا يمثل الصداق الحقيقى المقبوض، إما درءً لرسوم الزواج وهو الغالب الأعم فى العقود الموثقة قبل القانون أو إبانة لشرف المحل بتسمية الصداق الكبير فى زيجات ذوى الهيئة الاجتماعية، فى بعض الأحيان، وإزاء مثل هذه الظروف ينبغى أن تتاح السبل أمام الزوج عند نظر دعوى الخلع أن يثبت الصداق الحقيقى الذى اقبضه الزوجة بكل طرق الإثبات الشرعية عن طريق إحالة الدعوى للتحقيق بأنه أمهرها مبلغ كذا الذى سلمه لها.

- أن فى الاعتماد على الصداق المسمى فى الوثيقة مع تفاهته وضآلته بالقياس على عقد رفيع الشأن عند الله والناس، ينطوى على إزراء لقيمة العقد، وبخس لحق الزوج، وإنكار لحقه فإذا أضفنا لذلك، مدى ما يشعر به الزواج من غضاضة وإحباط نتيجة مصادرة المحكمة حقه فى الطلاق الذى هو بيده فى الأساس، وعدم الاستجابة إلى مطلبه العادل والمشروع فى استعادة ما دفعه من صداق، أدركنا إلى أى حد كم وكيف الغبن الذى وقع عليه، فقد وقع عليه همان، هم تطليق الزوجة رغماً عنه بوصف مذموم فى دنيا الناس ونعته بأنه مخلوع، وهم الحيلولة بينه وبين استرداد ما دفعه من مال فى هذا الزواج.

وينبغى أن تقوم الزوجة برد الصداق إلى الزوج، قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى، وقد يكون هذا الرد أثناء نظر الدعوى، باتخاذ إجراءات العرض الحقيقى والإيداع المقررة قانوناً، أو قبل رفع الدعوى، وتقديم ما يثبت ذلك للمحكمة.

وقد تكون هناك مطالبات مالية للزوج أو الزوجة غير الحقوق المالية الشرعية للزوجة، مثل الإقراض أو عقد شركة، أو معاملة مالية

بينهما، وعندئذ، فإن مثل هذه المطالبات تكون خارجة عن الخلع ولا يؤثر عليها الحكم بالخلع، وإنما يحق للطرفين أن يلجأ فى المطالبة بها، واقتضاء حقه فيها إلى المحكمة المختصة بدعوى مستقلة.

ثانيا – الملاحظات المتعلقة بعدم قابلية الحكم للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن

إن ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (٢٠) ويكون الحكم فى جميع الأحوال – غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن – هذا النص جديد وغريب على نهج المشرع الوضعى فى قضايا الأحوال الشخصية بوجه عام، وعلى دعاوى التفريق أو التطليق بواسطة المحكمة، وبالذات التطليق للضرر بنوع خاص، ذلك لأن هذه القضايا تخضع للطعن عليها بالاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر وكان موجب ذلك أن يجيز المشرع الطعن على حكم الخلع؛ لأنه قد يصدر باطلا، كما لو صدر دون عرض الصلح بين الزوجين أو ندب حكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما، لكن فى ظل هذا النص أغلق الباب تماما أمام الطعن بكل طريق سواء الطرق العادية أو غير العادية.

ومن ناحية أخرى، فإن المحكمة قد تصدر حكمها بالتطليق، وهو الشأن الغالب، لخصوصية دعوى الخلع، وإخراجها عن الخضوع للقواعد العامة فى الطعن، وقد تحكم بعدم قبول الدعوى وبرفضها، لعيب فى الشكل أو بسبب عدم توافر شروطها، مثل بطلان صحيفة الدعوى، أو اعتبارها كأى لم تكن، أو لعدم رد الزوجة الصداق، أو لامتناعها عن تقرير بغضها للزوج واستحالة العشرة بينهما، وأنها تخشى ألا تقيم حدود الله ... إلخ وقد يثبت بالقطع أن الزوجة اتخذت الخلع مطية لتحقيق مآرب خاصة، وأغراض تتنافى مع مقاصد الزواج، وأنها تعسفت فى استخدام هذا الحق، وانحرفت عن الغاية منه، وفى

مثل هذه الحالات، فإن تحصين الحكم القاضي بالخلع، والحيلولة دون الطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن، قد ينطوى على مجافاة للشرع والقانون والحقيقة والواقع.

ولا يجوز الاحتجاج على ذلك بما قضت به المحكمة الدستورية، فى ١٩٩٣/٦/١٩، فى الدعوى رقم ١٠٢ لسنة ١٢ ق: قصر الحق فى التقاضى على درجة واحدة، مما يستقل المشرع بتقديره.

والسبب فى ذلك، أن من شأن تطبيق نص الفقرة الأخيرة من المادة، عدم المساواة بين الخصوم فى المراكز القانونية[1]، وهو إخلال بالمبدأ الدستورى المنصوص عليه فى المادة (٤٠) من الدستور، حيث إن ذات الخصوم – الزواج والزوجة – فى دعوى مماثلة هى التطليق للضرر، يحق لهم الطعن على حكم المحكمة بطرق الطعن العادية وغير العادية حتى ولو كان الطلاق على مال، وهو قرين الخلع وشقيقه فى حين أن الحكم الصادر بالخلع، لا يجوز الطعن عليه بأى طريق كان.

إزاء ذلك، فقد كان من الضرورى، تقرير حق الطعن على حكم الخلع، حالة مخالفته لمقاصد الشرع فى الزواج، أو لكونه مشوبا بالبطلان لسبب يرجع إلى أى من الزوج أو الزوجة أو القاضى.

وكان من الأولى والأوفق للمشرع وهو حامى الشرعية، أن يحافظ على مقاصد الشرع بالإبقاء على العلاقة الزوجية بعيدة عن العبث والابتذال، وأن ينتصر لمبدأ المساواة أمام القانون كشأنه دائما وأن يوصد الباب أمام المتلاعبين والعابثين بالقانون، وأن يحول دون إساءة استعمال دعاوى الخلع، والتعسف فى استخدامها واتخاذها مطية لأغراض

---

[1] – انظر الأستاذ/ جلال سعد عثمان، المشكلات العملية فى إجراءات التقاضى فى الأحوال الشخصية، ط ٢٠٠٠، ص ٢٧٤.

تتنافى مع الشرع والقانون وأن يفسح المجال أمام رأب الصدع، وفتح السبل أما استئناف الحياة الزوجية.

ولا يتأتى ذلك إلا بالنص على إجازة الطعن على حكم الخلع فى أمثال هذه الحالات بوسيلة التماس إعادة النظر والاستئناف دون اللجوء إلى الطعن عليه بالنقض، وهو ما ننادى به كذلك بالنسبة لحالات التطليق للضرر، بل ولحالات التفريق عموما عن طريق القضاء، حسما للمنازعات، واستقرارا للمراكز القانونية.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأن : ركن الطلاق على مال - الذى هو عقد على الطلاق بعوض - هو الإيجاب والقبول بلفظ الطلاق معلقا على المال المسمى بين الزوجين، ولذلك كان مجرد الاتفاق على الطلاق وبدله فى مجلس واحد بدون حصول الإيجاب والقبول على الصورة الشرعية المتقدمة الذكر لا يعتبر طلاقا مستوجبا لزوم المال على الزوجة، فالحكم الذى يعتبر أن الإيجاب والقبول الشرعيين لوقوع الفرقة بين الزوجين، واستحقاق الزوج للعوض قد حصلا على أساس ما تم بينهما على ما ينبغى أن تبذله الزوجة من المال لزوجها ليطلقها عليه، وتنفيذ هذا الاتفاق بإيفائها بعض المال المتفق عليه وتسليمه بباقية سندات إذنية، لا على أساس ما دون فى وثيقة الطلاق من أن الخلع قد وقع على الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة، هو حكم مخالف للقواعد الشرعية الواجب الأخذ بها فى هذا الموطن، ويتعين نقضه.

نقض رقم ٨١/٦ ق ، فى ٢٨/١٠/٣٧

المبارأة والخلع أو الطلاق على مال، ليست من المعارضات المالية التى تطبق فى شأنها أحكام القانون المدنى، بل هى من التصرفات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية، فتخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، التى يرجع إليها وحدها لتقرير ما يجب أن يتم به رضاء الزوجين، وكيف يفصح عنه كل منهما فيما يصدر عنه من إيجاب وقبول، وكيف يكون الإيجاب والقبول معتبرين شرعاً، حتى تقع الفرقة ويستحق المال.

نقض رقم ٦/٨١ ق ، فى ٣٧/١٠/٢٨

المادة (٢١)

لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معاً على إيقاع الطلاق فوراً، أو قررا معاً أن الطلاق قد وقع أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة، فى حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق فى ذلك فى وثيقة الزواج.

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات فى تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك، ولا يعتد فى إثبات الطلاق فى حق أى من الزوجين إلا إذا كان حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية.

المذكرة الإيضاحية:

فيما يتعلق بالمادة (٢١) التزم المشروع بفلسفة ثابتة فى جميع أحكامه قوامها إفساح المجال لأى طريق يمكن أن يؤدى إلى المحافظة على الحياة الزوجية، والحيلولة دون الطلاق باعتباره أبغض الحلال إلى الله، ولكى يكون فى تجنب الطلاق والمحافظة على الحياة الزوجية، سبيلاً لحماية الأسرة والأبناء من غوائل ما يتعرضون له نتيجة الطلاق من مشاكل وأخطار مادية ونفسية، ثبت أنها أحد المنابع الأساسية لما يتعرض له المجتمع فى مجموعة من مشاكل واضطرابات.

ومع التزام المشروع بهذه الفلسفة، فإنه بذل جهده فى تحقيق التوازن بين هذه الرؤية الحاكمة لنصوصه، وبين ضرورة الإسراع

بإجراءات التقاضي، حتى يفصل في المنازعات بالسرعة والحسم اللازمين.

وهكذا فإنه إذا كان الطلاق حقا يوقعه الرجل بإرادته المنفردة، وإذا كانت دعوة القرآن الكريم إلى التحكيم بين الزوجين عند اختلافهما، جاءت مطلقة تشمل حالة ما إذا كانت الزوجة هي التي ترغب في الطلاق، أم كان الزوج هو الذي يرغب في ذلك، لذلك فقد اتجه المشروع إلى أن يجمع بين هذين الاعتبارين في نص المادة (٢١) مع اعتبارات أخرى، لينتهي إلى نتيجة تفسح الطريق لإعمال التحكيم حين يشرع الزوج في الطلاق، لتكون فرصة ولو في بعض الأحوال لتجنب الطلاق، وليكون في الوقت الذي تستغرقه عملية التحكيم أو الدعوة إليه فرصة لأن تهدأ نفسية الرجل، ويعدل عن الطلاق في أحوال أخرى، وفي جميع الأحوال فقد حرص النص على المحافظة على الحقوق بين الطرفين على التفصيل الآتي:

أولا: أنه ولئن كان الطلاق يقع شرعا بكل لفظ يدل عليه إذا وضحت الدلالة، واستبان قصد إيقاع الطلاق، فإن الاعتداد بالطلاق قانونا، قد شرطه المشروع بالإشهاد والتوثيق، وقد التزم المشروع في هذا النظر بما أخذ به المشرع المصري منذ عام ١٩٣١، عند إصداره لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، حين فرق بين انعقاد الزواج شرعا، بصحة توافر أركانه، وبين الاعتداد به قانونا حين شرط لذلك أن يثبت في وثيقة رسمية، وبذلك يكون المشروع قد ساوى بين حكم الزواج وحكم الطلاق في جواز الانعقاد أو الوقوع شرعا، وعدم الاعتداد بذلك قانونا إلا بالإشهاد والتوثيق.

وعلة ذلك ما كشف عنه العمل من تلاعب بعض ذوي النفوس الضعيفة من ادعاء طلاق لم يقع أو إنكار طلاق قد وقع، بما كان يؤدي

إلى ارتباك فى عمل المحاكم، فضلا عن الحيرة التى يقع فيها بعض الأزواج أو الزوجات، بإدعاء أحدهما على الآخر بوقوع الطلاق أو بإنكار ما قد وقع، والاستناد إلى شهود قد لا يطمأن إليهم، ولذا رأى المشروع أن إخراج الأمر من دوائر الغموض التى تأباها روح الشريعة السمحاء تقتضى حسم الأمر بجعل الإشهاد والتوثيق شرطا للاعتداد القانونى بالطلاق وهو المنهج الذى أخذ به من قبل المشرع المصرى فيما يتعلق بالزواج، وهو ذات المنهج الذى التزم به المشروع فى شأن المراجعة المنصوص عليها فى المادة (٢٢) التالية، كما أن ما التزم به المشروع فى هذا الصدد هو ما يتفق مع وجوب ضبط العلاقات فى أخطر صورها، وهى التى تتعلق بشئون الأسرة، بما يتناسب وأحوال الناس، وظروف الحياة الاجتماعية، وييسر توثيق واقعة خطيرة كالطلاق.

ثانيا: أن المشروع قد حرص على تعظيم دور الموثقين، وأهم فئاتهم هم المأذونين، وجعل مهمتهم تسمو على كونها تسجيل مادى لوقائع الزواج والطلاق، وجعل لهم دورا إيجابيا فى الإرشاد والتوجيه والتعريف بحقيقة الدين، والسعى للصلح بين الزوجين، وإزالة أسباب الخلاف سواء مباشرة أو من خلال مهمة الحكمين، تقدير المهام يتعين أن يحظى القائمون بها بالمكانة اللائقة.

ثالثا: أنه فى جميع الأحوال يلتزم الموثق عندما يطلب منه توثيق الطلاق أن يبصر الزوجين أو الزوج إذا كان بمفرده بمخاطر الطلاق، وأن يتخذ فى ذلك دورا إيجابيا يبذل فيه أقصى مجهود للوصول إلى عدول الزوج أو الزوجين عند رغبتهما فى الطلاق.

رابعا: عند طلب الإشهاد على الطلاق وتوثيقه، تقوم عدة صور عالجهما النص الأتى:

١- أن يحضر الزوجان معا يقرران أن الطلاق لم يقع بعد، وأنهما يريدان إيقاعه، وهنا يحاول الموثق الصلح بينهما بعد إفهامهما بمخاطره، وأنه أبغض الحلال إلى الله، ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها، فإن استجابا للصلح، انتهت مهمة الموثق، وإن استجابا لأن يختارا حكمين تربص بهما الموثق مدة شهر على النحو التالى إيضاحه، وإن رفضا كل ذلك، وأصرا معا على إيقاع الطلاق، فيقوم الموثق بتوثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

٢- أن يحضر الزوجان معا، ويقرران أن الطلاق قد وقع فعلا، سواء كان الطلاق راجعيا أم بائنا، وهنا يلتزم المأذون بتوثيقه بعد الإشهاد عليه.

٣- أن يحضر الزوج ويطلب توثيق الطلاق، ولا تحضر الزوجة أو تحضر ولا توافق على الطلاق، وهنا يتعين على الموثق بعد تبصرة الزوج بمخاطر الطلاق، أن يدعو الزوج إلى اختيار حكم من أهله، ويدعو الزوجة إن كانت حاضرة لاختيار حكم من أهلها للتوفيق بينهما، وإن لم تكن حاضرة، وجب على الموثق إعلانها بعزم الزوج على طلاقها بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول يتضمن اسم الحكم الذى عينه الزوج، وتكليفها بتعيين حكم من أهلها خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها هذا الكتاب، وإخطار الموثق باسمه، وبعد ذلك يتخذ الموثق الإجراءات اللازمة لجمع الحكمين لأداء مهمتهما وتيسيرها لهما بالتوجيه والنصح والإرشاد.

فإن تعذر على المحكمين تسوية النزاع، أو أعرض الزوج أو الزوجة عن اللجوء إلى التحكيم، وأصر الزوج على إيقاع الطلاق، تعين على الموثق توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه، شريطة انقضاء مدة لا تقل عن شهر تبدأ من تاريخ مثول الزوجين أمام الموثق، واختلافهما على

إيقاع الطلاق، أو انقضاء الأيام السبعة التالية لإعلان الزوجة بعزم زوجها على الطلاق.

٤- إذا كانت الزوجة قد احتفظت لنفسها بالحق فى تطليق نفسها فى وثيقة زواجها، وطلبت توثيق الطلاق، فتتبع الأحكام سالفة البيان.

وفى جميع الأحوال يجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات، فى تاريخ وقوع كل منها فى حينه على النموذج المعد لذلك.

ولا يعتد بالطلاق فى حق أى من الزوجين ما لم يكن حاضرا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه، فإن كان غائبا فلا يعتد به إلا من تاريخ إعلانه بذلك بموجب ورقة رسمية، (إعلان على يد محضر).

فقه المصطلحات

الطلاق فى الشرع: حل الرابطة الزوجية، بإرادة الرجل، باستخدام ألفاظ معينة، والطلاق وسيلة لإنهاء عقد الزواج الصحيح، دون الفاسد، الذى تفصم فيه الرابطة الزوجية، بواسطة الفسخ، وقد يكون الطلاق فى الحال، بأن يرتب الآثار الناشئة عنه فورا، كما فى الطلاق البائن الذى يزيل الملك والحل، وقد يكون على التراضى، بأن يرتب آثاره بعد مضى مدة معينة، كما فى الطلاق الرجعى الذى يزيل الحل دون الملك، حيث يرتب هذه الآثار بعد انقضاء العدة، وقد يتم الطلاق بطريقة صريحة أو كتابية، وذلك بحسب الصيغة المستخدمة فيه.

وقد شرع الإسلام الطلاق كوسيلة لإنهاء العلاقة الزوجية، وفق منهج محكم ودقيق، بأن رسم له طرقا وإجراءات، تضبطه، وترشد

اللجوء إليه، بحسبان أنه الملاذ الأخير، والعلاج الحاسم لاستئصال علاقة زوجية فقدت مبرر استمرارها ومضت على طريق الانهيار.

ومن ذلك أن المشرع الإسلامى أحاط الرابطة الزوجية، بسياج من التعاليم الضابطة لإيقاعها فأمر الزوج بإحسان العشرة، بقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا﴾ [النساء: آية١٩]، وبقول الرسول ﷺ: (خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلى) فإذا ما استقامت الحياة الزوجية وفق هذا المنهج فإن المصير هو تحقيق تماسك الأسرة وسعادتها، ومتانة البنيان الاجتماعى وصلابة وحداته الأساسية، وهو مردود إيجابى بكل المقاييس تجنى ثماره الجماعة كلها.

وإذا ما نشبت الخلافات، وبذرت بذور الشقاق، وأطلت الفتنة برأسها بين الزوجين، وكان المحرك والفاعل فى هذه النزاعات هو الرجل، فقد وجه القرآن المرأة إلى إتباع هذا المسلك، فى قوله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهمآ أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾ [النساء: آية١٢٨]، ويتعين المال إلى الصلح بين أطراف أقدس علاقة، بقوله عز وجل: ﴿وأصلحوا ذات بينكم﴾ فكلاهما ستر للآخر، ومظلة يستظل بها ومرفأ الأمان الذى يرسو إليه، وقد كانت وصية الرسول (اتقوا الله فى النساء، فإنهن عوان عندكم).

فإذا ما تفاقمت الاختلافات، وتبادل الطرفان الإساءات وتحولت الحياة الزوجية إلى صراعات، وجب الالتجاء إلى التحكيم، فإن فيه طرح عوامل النزاع، وبحث أسباب الشقاق، ووضع خطة رشد لمحاولة إصلاح ما أفسدته عوامل الأثرة، والانتصار للذات وتغليب المصلحة الفردية، على مصلحة الأسرة، والغفلة عن دستور الحياة الزوجية، وهذا ما قرره القرآن بقوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله

وحكما من أهلهآ إن يريدآ إصلاحا يوفق الله بينهمآ إن الله كان عليما خبيرا﴾ [النساء: آية ٣٥] والتحكيم هنا ضمانه وكفالة للحياة الأسرية، يضطلع بها الأهل والأقارب، على بصيرة وأمانة ممن هم أدرى بحالهما، وأعرف بشئونهما لوضعهما على الطريق القويم.

ثم إنه إذا ما أخفقت مساعى الصلح، والتسوية عن طريق التحكيم، فإن الرجل، وهو صاحب حق الطلاق بإرادته المنفردة، مطالب ومخاطب بقوله سبحانه وتعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: آية ٢٢٩] وبقوله: ﴿ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾ [البقرة: آية ٢٣١]، وأشد الظلم ظلم النفس؛ لأنه ظلم الرفيق والقرين، وإذا ما اختار الرجل هذا الطريق، فلأنه الملجأ حيث لا ملجأ سواه لوضع حد لعلاقة تحمل فى طياتها معول هدمها، حيث استعصت كل سبل الوفاق والإصلاح، وتعين الطلاق حلا ومنقذا، لذلك وسمه الرسول ﷺ بقوله: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق).

التعليــق

ذاع استخدام الطلاق، وشاع على ألسنة الكثير من الأزواج، إلى الحد الذى بات معه الطلاق، مرضا اجتماعيا، ومعضلة تشريعية، تجاوزت الحدود والضوابط الشرعية، وأصبح كلأ مستباحا، أمام بعض ذوى النفوس الضعيفة، وسيفا مسلطا يتلاعب به البغض، ويتعسف فى استخدامه، طلبا لمآرب خبيثة، وامتهانا لكرامة المرأة، وانحرافا عن الغايات التى شرع من أجلها، الأمر الذى صار معه الطلاق داء لا دواء، ومشكلة لا حلا، وتفشى اللجوء إلى الطلاق للوهلة الأول، دون إعمال ضوابطه الشرعية، ورعاية مقرراته الإسلامية، فقد توارت مساعى الصلح، وتراجعت أساليب التوفيق والإصلاح بين طرفى الميثاق المقدس، واختفت مشاعر المودة والرحمة فى العلاقات، وسادت قيم

الانعزالية والأنانية والسلبية البغيضة، وأضحى التحكيم الذى هو من أخص خصائص تسوية النزاعات الزوجية، وسيلة مهجورة وشعيرة منكورة، فى الأوساط الأسرية، بحيث يتم الطلاق، وتتفسخ العلاقات الزوجية، وتنهار الروابط الأسرية، ويضيع النشء بسبب القفز إلى الطلاق رأسا، والتغاضى عن اللجوء إلى الصلح والتحكيم.

وقد أفرز هذا المسلك الخاطئ نزاعات ومشاحنات امتلأت بها ساحات المحاكم، وأثرت سلبا على نموذج الأسرة، وضاعت بسببها العديد من الحقوق، الأمر الذى تطلب تلمس العلاج بحلول تنظم استخدام الطلاق، وترشد اللجوء إليه.

من أجل ذلك اتجهت المادة (٢١) إلى وضع الطلاق فى إطار معين، يتعين على الرجل لكى يثبته قانونا حال إنكاره من الزوجة، أن يلتزم بالسير على النهج الذى رسمه القانون، وهو الإشهاد والتوثيق، وبحضور الزوجين، فجعلها شرطا لازما للاعتداد بالطلاق من الناحية القانونية، أسوة بحضور الزوجين عند إبرام عقد الزواج، والإشهاد عليه، وتوثيقه.

وقد كانت الفلسفة التى انطلق منها القانون، هى تيسير إثبات الطلاق، والحد من اللجوء إليه، وغلق الباب أمام المتلاعبين به، والمتحايلين عليه، كما قصد من هذه الاشتراطات مراجعة الزوجين لموقفهما وتبصير الطرفين بمغبة الطلاق، وما ينتج عنه من تداعيات ومآسى، وإفساح المجال للصلح والتوفيق بين الزوجين، والاستعانة بالأهل والأقارب للمشاركة فى رأب الصدع، وتصحيح الاختلالات فى العلاقات بين الزوجين عن طريق التحكيم، واعتبار هذه المهمة شأنا أسريا واجتماعيا، لا ينبغى للزوجين ناهيك عن الزوج بمفرده أن يستبد

بالطلاق، ويوقعه بآثاره المتعددة التى لا تقتصر عليهما، وإنما تمتد إلى أطفالهما وذويهما، وإلى المجتمع كله.

ولا شك أن هذا الموقف، فى شأن توثيق الطلاق، وحضور الزوجة يضع قيداً على الحق الانفرادى للرجل فى إثبات الطلاق، ويؤصل ازدواجية فى هذا الخصوص بين الطلاق ديانة، والطلاق قانوناً، بسبب ما قرره الفقه من أن مجرد تلفظ الرجل بصريح الطلاق يرفع الحل ويزيل الملك فى الطلاق البائن، وتأسيساً على حديث الرسول ﷺ: (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الطلاق والنكاح واليمين)، على أن المادة لا تحول دون إيقاع الطلاق بإرادة الرجل وفق الشريعة، وإنما تعالج الآثار الوخيمة لإساءة استخدام الطلاق وإخفائه.

ومهما كان الأمر، فإن المنطلق الذى اعتبره المشرع، عند وضعه لهذه القيود، هو المصلحة الاجتماعية، واستقرار المراكز القانونية، وكان مسلكه فى ذلك، مشابهاً لمسلكه فى توثيق الزواج، حيث لا يعتد فى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق، ويسبق هذا الإجراء القانونى الذى يقوم به الموثق، إجراءات شرعية، تتمثل فى دعوة الموثق للزوجين للتصالح فيما بينهما، والعدول عن الطلاق، وبيان العواقب الوخيمة الناشئة عنه، بالنظر إلى بغض الشارع الإسلامى للطلاق، وحثه على الصلح وعودة الوفاق، ونهى الشارع عن الضرر والإضرار، وعدم الانقياد لنوازع النفس الأمارة بالسوء، واتخاذ الطلاق وسيلة للتنكيل والتشفى، فإن الإسلام قد خص الرجل فى معظم توجيهاته برعاية المرأة والإحسان إليها، والإبقاء فى كل الأحوال على الروابط الإسلامية والإنسانية.

وبجانب ذلك، فإن الموثق مطالب بدعوتهما إلى تحكيم حكم من أهله وحكم من أهلها لتقرير مصير العلاقة الزوجية، مع بذل كل

المساعى لاستمرارها وتصحيح الخلل الذى أصابها، أو أن يخلصا إلى القول، بفشل الحياة الزوجية، وتعذر استدامتها، وعلى الموثق أن يلجأ إلى التحكيم، قبل أن يمضى الطلاق، ويقوم على الإشهاد عليه وتوثيقه.

ولا مناص أمام الموثق، إلا أن يشهد على الطلاق ويوثقه، إذا حضر الزوجان معاً، وقررا أمامه أن الطلاق قد وقع فعلاً، واجتمعت إرادتهما على هذا الوقوع.

فإذا ما حضر الزوجان إلى الموثق، وصمما على الطلاق، ورفضا محاولات الصلح والتحكيم، تعين على الموثق توثيق الطلاق عقب الإشهاد عليه.

وثمة حالة ثالثة، يحضر فيها الزوج أمام الموثق، طالباً توثيق الطلاق إما بحضور الزوجة وعدم موافقتها على الطلاق، وإما بعدم حضورها أمام الموثق وفى الحالتين، فإنه يعمل على تبصرة الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعوهما إلى اختيار حكمين من أهليهما، فإن أخفق الحكمان فى تسوية النزاع أو رفض الطرفان التحكيم، تعين على الموثق توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه، بعد مضى مدة لا تقل عن شهر من مثول الزوجين أمام الموثق، أو انقضاء سبعة أيام تالية على إعلان الزوجة بعزم الزوج على الطلاق، إذا حضر الزوج وحده وصمم على الطلاق.

أما إذا كانت الزوجة قد اشترطت العصمة لنفسها فى عقد الزواج وعزمت على تطليق نفسها من الزوج، فإن توثيق طلاقها يمر بذات الإجراءات التى سلكها الزوج مع الموثق، وهو ما يتعين معه أنه يشترط لإثبات الزوجة طلاقها للرجل الإشهاد والتوثيق.

وعلى الموثق أن يتبع الإجراءات المذكورة، ويسجلها فى حينها بتواريخها التى تمت فيها على النموذج المعد لذلك من وزارة العدل.

إشهاد الطلاق من المحررات الرسمية، إثبات الموثق بها أن طلاق المطعون ضده للطاعنة بائنا لوقوعه على مال الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة، قضاء الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه بتعديل وصف الطلاق من بائن إلى رجعى رغم عدم لجوء المطعون إلى الطعن بالتزوير، مخالفة للقانون.

الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ ق ، فى ١٩٩٩/٦/٢٨

أن المشرع خول الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة قررا معا، وإذا عجز عن الإصلاح، وكانت الإساءة من الزوج أو الزوجين معا أو جهل الحال، ولم يعرف من أى جانب كانت الإساءة قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، وهذه الأحكام المستمدة من فقه المالكية، ومن المنصوص عليه فيه، أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، ولو كان من جهة الزوجة؛ لأن التحكيم فى اللغة هو الحكم، فإن اتفقا الحكمان نفذ حكمهما، ووجب على الحاكم امضاؤه من غير تعقيب ولو خالف مذهبه وإن اختلفا فطلق أحدهما ولم يطلق الآخر فلا يكون هناك فراق؛ لأن إلى كل واحد منهما ما إلى صاحبه باجتماعهما عليه، ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الحكمين اختلفا ولم يقررا بجهل الحال وإذا استنتج الحكم جهل الحال من اختلاف الحكمين، وقضى بتطليق المطعون عليها، مع أن الشرع ترك للحكمين التقرير بجهل الحال، وبالتفريق بين الزوجين تبعا لذلك على أن يحكم القاضى بالتطليق حسبما قرراه، لما كان ما تقدم، فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون.

نقض ١٩٧٤/٢/٢٠، ص ٣٧٩.

يشترط فى الحكمين أن يكونا عدلين رشدين من أهل الزوجين إن أمكن، فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة، عين القاضى أجنبيين من لهما خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح وإزالة الخلف بينهما، ولما كان من الأصول الفقهية المتواضع عليها أنه إذا أطلق النص فى التشريع، وجب الرجوع إلى مأخذه، وكان المعول عليه فى مذهب المالكية المستمد منه هذا النص، أنه إذا لم يكن فى الأهل أحد يوصف بما يستحق به التحكيم أو كان الزوجان ممن لا أهل لهما، فيختار ما هو عدل من غيرهما من المسلمين، مما مؤداه أنه لا يشترط أن يكون الحكمين المنتدبين من غير دائرة الأقارب اتصال شخصى بالزوجين قريبين منهما مطلعين على أحوالهما، ويكفى أن يكون لهما من الخبرة العامة ما يستطيعان به التوفيق بين الزوجين، ولما كان ذلك، وكان البين من الإطلاع على الأوراق أن محكمة أول درجة عينت فى البداية حكمين من أهل الزوجين بناء على ترشيحهما، غير أن حكم الزوج تعمد عدم القيام بالمهمة، فقضت المحكمة بندب آخرين أجنبيين، وكان لم يوجه أى مطعن إلى عدالتهما، فإن الحكم لا يكون قد خالف قواعد الشرع.

نقض ١٩٧٥/٥/٢٨ ، ص ١١٠٨

كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث أو قبل الدخول أو على مال، وما نص على كونه بائنا، م ٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩، مفاده الطلاق نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة بائنا.

الطعن رقم ٧٩٦ لسنة ٦٨ ق، فى ١٩٩٩/٦/٢٨

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى اشتراط الإشهاد على الطلاق، فينما أوجبه البعض، ذهبت الغالبية إلى أنه ليس شرط لوقوعه؛ لأن الأمر فى قوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ هو للندب لا للوجوب، غير

أن أحدا منهم لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موثقا، لما كان ذلك وكان ما نصت عليه المادة الخامسة مكررا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ من وجوب مبادرة المطلق إلى توثيق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص، لم يهدف - وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية - إلى وضع قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله سبحانه وتعالى للزوج أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق - وإنما هدفت إلى مجرد عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة، إلا من تاريخ علمها به، فإنه لا على محكمة الموضوع إذا استمعت إثباتا للطلاق المدعى به إلى غير الشهود الموقعين على الوثيقة المحررة عنه، لما كان ما تقدم، وكان للقاضي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، السلطة التامة فى الترجيح بين البينات، واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها، والأخذ بما يطمئن إليه منها أو إطراح ما عداه، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتمد بما شهد به شاهدا المطعون عليها من أن زوجها الطاعن طلقها على الإبراء، وأطرح ما ساقه الطاعن من بينة للنفى. ورتب على ذلك قضاءه بإثبات هذا الطلاق، فإن ما ينعاه الطاعن عليه فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل مما لا تقبل أثارته أمام محكمة النقض، ويكون النص على غير أساس.

نقض رقم ٢٥ لسنة ٥١ ق، فى ١٩٨٢/١١/٢٣

المـادة (٢٢)

مع عدم الإخلال بحق الزوجة فى إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته، ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض، وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقه لها، وذلك ما لم تكن حاملاً، أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة.

المذكرة الإيضاحية

فيما يتعلق بالمادة (٢٢) فالنصوص القائمة لا تشتمل على حكم يتناول إثبات مراجعة الزوج لمطلقته، إذا كان له حق مراجعتها، وهو الأمر الذى كان يفتح الباب للمتلاعبين والكائدين فى مراجعة مطلقاتهن دون إعلانهن بذلك، ثم تكون المفاجأة عند إقدامهن على زواج جديد، فيفاجئونهن بأنه قد تمت مراجعتهن لعرقلة هذا الزواج، أو يترك الواحد منهم مطلقته التى راجعها، حتى تتزوج زواجاً جديداً، فيشهر فى وجهها سلاح أنها مازالت فى عصمته.

وقد واجه المشروع هذه المشكلة بنص مستحدث، هو نص المادة (٢٢) الذى أجاز للزوجة إثبات هذه المراجعة بكافة طرق الإثبات، فإن أنكرت المراجعة فلا يقبل من الزوج الإدعاء بمراجعته لمطلقته ما لم يكن قد أعلنها بالمراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء تسعين يوماً من توثيق طلاقه لها، إلا إذا كانت حاملاً، فتمتد هذه المدة إلى نهاية مدة عدتها بوضعها لحملها، أو تقر هى باستمرار عدتها حتى وقت إعلانها بالمراجعة.

الرجعة هى إعادة الزوجة المعتدة إلى الحالـة التـى كـانت عليـها مع زوجها قبل وقوع الطلاق، وبالرجعة تعـود الحيـاة بـين الزوجـين إلى سابق عهدها، باستئناف استمرار العلاقة الزوجية، وإبطال أثر الانقطـاع الذى حدث بالطلاق، وبـها يتم تصحيـح الخلـل الـذى أصاب الحيـاة الزوجية، وعلاج الزوج لخطئه فى تسرعه فى إنهاء الحياة الزوجية، ولم شمل أسرته، وجمع ما انفرط من عقدها، ورعايـة مستقبل أولاده، والرجعة تكون فى الطلاق الرجعى الناشئ عن دخول حقيقى.

والأصل فى الرجعة قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحاً﴾ فالرغبة فى الإصلاح، هـى التـى تحـدو بـالأزواج إلى المبـادرة إلى رد زوجاتـهن إلى عصمتـهن، وقولـه تعـالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَـاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِـهِنَّ ثَلاثَـةَ قُـرُوءٍ﴾، يعنـى ثلاث حيضات أو ما يقـوم مقامها من الأشهر والأيـام أو وضـع الحمـل، وقولـه جـل شـأنه: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُـمُ النِّسَـآءَ فَبَلَغْـنَ أَجَلَـهُنَّ فَأَمْسِـكُوهُنَّ بِمَعْـرُوفٍ أَوْ سَـرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ البقرة: آية ٢٢٩ فإن بلوغ الأجل الوارد فى الآيـة، يعنـى أن تكون العدة علـى وشـك الانتـهاء وعندئـذ فـإن الـزوج بـين أمريـن، إمـا بإمساك زوجته وردها إلى عصمته، وهى المراجعة، أو الإمساك بالمعروف، وإما بمفارقتها والتخلى عنها بإحسان، وهو معنـى التسـريح بـالمعروف، وقوله سبحانه: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لاَ تُخْرِجُوهُـنَّ مِن بُيُوتِـهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْـنَ إِلاَّ أَن يَـأْتِينَ بِفَاحِشَـةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لاَ تَدْرِى لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ فالآية ترشد إلى الطلاق الرجعى؛ لأن به تتاح

الفرصة لإعادة الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعى، وفيها إثارة خشية الله فى الزوجة، وإمساكها فى بيت الزوجية، وعدم إخراجها منه، طلباً لاستئناف العلاقة الزوجية مرة أخرى، ثم إنها أخيراً تشير إلى حدوث ثمة أمر، وفيه مغزى تغليب الاستمرار على الانقطاع، والإصلاح بدلاً من القطيعة والخصومة والطاعة عوضاً عن العصيان، واللقاء بدلاً عن الافتراق.

وقد دلت السنة على هذه المشروعية، فقد أوصى الله إلى رسوله ﷺ بمراجعة زوجه حفصة، قبل انقضاء عدتها.

وقد روى أيضاً أن عبد الله بن عمر، لما طلق زوجته حالة الحيض، قال رسول الله ﷺ لعمر: (مر ابنك فليراجعها).

شرح المادة

فى إطار توثيق الطلاق والآثار الناشئة عنه، اشترطت المادة لإثبات مراجعة الزوج لزوجته عند الإنكار أن يتم ذلك بورقة رسمية، فى خلال مدة زمنية معينة، هى ستين يوماً لذوات الحيض، وفى خلال تسعين يوماً للآيسات أو المطلقات اللائى لا يحضن، وتحسب هذه المدة من تاريخ توثيق الطلاق الذى نصت عليه المادة السابقة.

ولا مجال لإنكار الزوجة المراجعة بدون ورقة، إذا كانت الزوجة حاملاً؛ لأن عدة هذه المطلقة تنتهى بوضع الحمل، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وهذا التقيد فى الإثبات يكون بالنسبة للرجل، وذلك عند إنكار المطلقة حدوث الرجعة، ومجادلتها فيها، والغرض من ذلك سد الباب أمام إساءة استخدام حق الرجعة من بعض الأزواج.

أما عن إثبات الرجعة فى جانب الزوجة، فيكون بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والنكول عن اليمين، والرجعة بالفعل والإقرار من الرجل، ومن الجلى أن المادة، قد تشددت فى الإثبات بالنسبة للرجل، ويسرته بالنسبة للمرأة، وهى تفرقة غير مبررة؛ومصادرة لحق الرجل،وسلبه ما هو مقرزله شرعا لأن التحايل فى حصول المراجعة، قد يتم من جانب الرجل، وليس ثمة ما يمنع أن يتحقق هذا التحايل من المرأة، بما قد يترتب عليه إذا ما استطاعت الزوجة أن تقييم البينة - الشهود - على حدوث الرجعة، وهو أمر ميسور مع ضعف الوازع الدينى، وإنكار الرجل لذلك أن تقضى المحكمة برجوعها إلى الزوج، رغماً عنه، وعلى غير إرادته وهو ما يتنافى مع حق الرجعة المقرر أساساً بإرادة الرجل، لا بإرادة المرأة، والنصوص قاضية بذلك صحيحة فيه.

تطبيقات قضائية:

إذا كانت عدة المطلقة من وقت إخبار الزوج أو إقراره بالطلاق لا من وقت الإسناد، وكان تعديل جعل المدة من وقت الإقرار هو خشية تهمة المواضعة فإنه ينبغى أن يتحرى محلها، ويرجع إلى الناس الذين هم مظانها، فإن كان واقع الحال يتجافى عن مظنة هذه التهمة أو قامت على صحة تاريخ الطلاق بينة شرعية، وليس الإقرار إسناد، فإنه ينبغى الاعتداد بتاريخ الإسناد واتخاذه بدء للطلاق، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه على أن بينة شرعية لم تقم على إيقاع الزوج الطلاق فى الزمان الماضى الذى أسنده إليه، مما مفاده قيام مظنة تهمة المواضعة، وكان واقع الحال فى الدعوى لا ينفيها، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.

نقض فى ١٩٧٧/٥/٢٥، ص ١٢٨٨

الفتوى أن الأصل فى الطلاق المضاف إلى الماضى أن يكون من وقت الإقرار به من الزوج مطلقاً، وسواء أصدقته الزوجة فيه أو كذبته، إذا ادعت جهلها به نفياً لتهمة المواضعة، مخافة أن يكون اتفقا على الطلاق وانقضاء العدة توصلاً إلى تصحيح إقرار الزوج المريض لها بالدين أو ليحل له الزواج بأختها أو أربع سواها، ولا تعدو مصادقة الزوجة زوجها المقر فى إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق، إلا إسقاطاً لحقها هى فى النفقة وما إليها، دون أن يعمل بهذه المصادقة فيما هو من حقوق الله تعالى.

نقض فى ١٩٧٧/٥/٢٥، ص ١٢٨٨.

الطلاق والرجعة مما يستقل به الزوج، إن شاء راجع، وإن شاء فارق أما العدة فمن أنواعها وأحوال الخروج منها وانتقالها ما تنفرد به الزوجة وائتمنها الشارع فيه.

نقض رقم ٢٩/٣٩ ق ، فى ٦٢/١/٢٢

المستقر عليه شرعاً أنه إذا اختلف الزوجان فى صحة الرجعة، فادعى الزوج أنها صحيحة؛ لأنها وقعت فى العدة، وأنكرت هى ذلك؛ لأنها وقعت بعد انقضاء العدة، فالقول للزوجة بيمينها، إن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذى تدعى فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك، وكانت العدة بالحيض؛ لأن الحيض والطهر لا يعلم إلا من جهتها، وأقل مدة بالحيض فى الراجح من مذهب أبى حنيفة ستون يوماً، وإذ خلص الحكم المطعون فيه إلى أن الرجعة وقعت صحيحة قبل انقضاء العدة، واستدل على ذلك بما أثبته الزوج أسفل طلبات الحج الثلاثة التى قدمتها الزوجة بعد الطلاق الرجعى من عبارات تتضمن أنها زوجته، ويوافق على سفرها بهذه الصفة إلى الأقطار الحجازية، وأن الرجعة قد صادفت محلاً؛ لأن الزوجة لم تنكر على الزوج صحتها وصادقت عليها

بتقديم الطلبين الأولين للحج بعنوان منزل الزوجية الذى يقيمان فيه مما يفيد قيام المعاشرة الزوجية، وبتقديمها هذه الطلبات الثلاثة فى فترات متفاوتة إلى الجهات المختصة لإتمام الإجراءات المطلوبة بشأنها بعد أن أثبت الزوج عليها العبارات التى تتضمن موافقته على سفرها بصفتها زوجته، وأن هذا الإقرار من الزوجة بصحة الرجعة، لا يقبل الرجوع فيه؛ لأنه تعلق به حق الغير (الزوج) وهو استخلاص موضوعى استند فيه الحكم إلى أسباب سائغة، تكفى لحمله، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس.

نقض رقم ١٨ لسنة ٣٨ ق ، فى ١٩٧٢/٥/٣١

المادة (٢٣)

إذا كان دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة أو ما فى حكمها محل منازعة جدية، ولم يكن فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده، وجب على المحكمة أن تطلب من النيابة العامة إجراء التحقيق الذى يمكنها من بلوغ هذا التحديد.

وتباشر النيابة العامة بنفسها إجراءات التحقيق فى هذا الشأن ومع عدم الإخلال بأحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات بالبنوك، تلتزم أية جهة حكومية أو غير حكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات، تكون منتجة فى تحديد دخل المطلوب منه النفقة.

ولا يجوز استخدام ما تسفر عنه هذه التحقيقات من معلومات فى غير المادة التى أجريت بشأنها.

ويجب على النيابة العامة أن تنهى التحقيق وترسله مشفوعا بمذكرة موجزة بالنتائج التى خلصت إليها فى موعد لا يجاوز ثلاثين يوما من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها.

المذكرة الإيضاحية:

ضجت الشكوى من نظام التحريات التى يقوم بها رجال الإدارة، ويضطر الضباط تحت وطأة أعبائهم؛ لأن يتركوا الأمر فى شأنها إلى صغار أفراد الشرطة، بما يؤدى إلى وضع معلومات أمام المحكمة لا تتسم بالدقة الواجبة وتكون هذه المعلومات أساسا لتقديرات تنطوى على ظلم صارخ فى أحوال ليست بالقليلة، لذلك اتجه المشروع فى المادة (٢٣) إلى أن يعهد بهذه المهمة، التى تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة سواء فى حق المكلف بالنفقة أو أصحابها إلى النيابة العامة، لتتولاها فى إطار

التنظيم القانونى الذى استحدثه المشروع، وليكـون لتحقيقـها فـى نهايـة الأمر قدرة وجلالة فى بلوغ الحقيقة فى شأن المكلف بالنفقة.

وتكليف النيابة العامـة بإجراء التحقيـق لا أثـر لـه علـى سـلطة المحكمة فى فرض نفقـة وقتيـة لطـالب النفقـة، إذا مـا توافـرت شـروط القضاء بها.

والمناط فى أن تعهد المحكمة إلى النيابـة العامـة إجـراء التحقيـق الذى يمكنها من تحديد مقدار دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقـة، وفقـاً لحكم الفقرة الأولى من المادة (٢٣) هو أن يكون هذا الدخل محل منازعـة جدية، ولا يوجد فى أوراق الدعوى ما يكفى لتحديده، فإن كان فى هذه الأوراق ما يمكن معه القطع بحقيقة دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقـة، فلا على المحكمة أن تطلب من النيابـة العامـة إجـراء تحقيـق فـى هـذا الشأن، أما إن خلـت الأوراق ممـا يمكـن معـه القطـع بحقيقـة الدخـل، وجب على المحكمة أن تطلب مـن النيابـة العامـة إجـراء التحقيـق، ولا يجوز لها أن تطلب ذلك من أية جهة أخرى.

وإذا طلبت المحكمة من النيابـة العامـة إجـراء التحقيـق، فعلـى النيابة العامة أن تباشر هذا التحقيق بنفسـها، ومؤدى حكم الفقرة الثانية من المادة (٢٣) أنه لا يجوز للنيابة العامة أن تندب لذلك مأمورى الضبط القضائى أو أية جهة أخرى ممن لها حق ندبه لإجراء هذا التحقيق.

ونصت الفقرة الثالثة على التزام جميع الجهات الحكومية وغـير الحكومية بإفادة النيابة العامة بما تحت يدها من معلومات وتمكينها من الإطلاع على ما لديها من مستندات تكـون منتجـة فـى تحديـد الدخـل المشار إليـه، وذلـك كلـه دون إخـلال بأحكـام قـانون سـرية الحسـابات بالبنوك.

وألزمت الفقرة الرابعة من النص النيابة العامة بإنهاء تحقيقها في موعد أقصاه ثلاثون يوماً من تاريخ وصول طلب المحكمة إليها مشفوعاً بمذكرة بما خلصت إليه من نتائج.

فقه المصطلحات

التحقيق الذى أناطته المادة بالنيابة العامة، يستهدف معرفة الحقيقة، وصولاً إلى حقيقة دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة، وهنا يكون التحقيق أداة لبلوغ العدالة وتسهيل الوصول إليها، والحق أن الكشف عن الحقيقة بشأن دخل المطلوب الحكم عليها بالنفقة وتحقيق العدالة، أمران مرتبطان لا يقبلان الانفكاك فى الشأن الذى نحن بصدده.

والتحقيق الذى تجريه النيابة العامة، من قبيل الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات، بغية كشف حقيقة دخل المطلوب منه النفقة، وتحرى مركزه المالى، ولها فى هذا الشأن سماع أقوال الملتزم بالنفقة، والمعاينة، وسماع الشهود، وطلب المعلومات من الجهات الحكومية وغير الحكومية التى تمكنها من التحرى عن دخله، ومعرفة إيراداته وأوجه إنفاقه، وذلك دون الإخلال بقانون سرية الحسابات بالبنوك أو الإضرار بالمركز المالى للمطلوب الحكم عليه النفقة ودون المساس بالحرية الشخصية لأى من الأطراف الذين يجرى معهم التحقيق.

شرح المادة

لاشك أن التحرى عن دخل الملتزم بالنفقة من قبل جهة تتسم أعمالها بالدقة والعدالة كالنيابة العامة. أمر على درجة كبيرة من الأهمية، فى تحقيق العدالة الناجزة، وتيسير إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام، وبالنسبة للنفقة بوجه خاص،

باعتبارها الشاغل اليومى لطالبة النفقة، التى لا تقدر على الحياة بدونه؛ لأنها من الحاجات الضرورية لبقائها على قيد الحياة، والتمتع بكرامتها المقررة فى الإسلام وحقوق الإنسان.

وهذا الإجراء فى التحرى عن دخل الملتزم بالنفقة، عند وجود منازعة جدية حول حقيقة دخله وأمواله من قبل طالبة النفقة، وحيث خلت أوراق الدعوى من العناصر والمعلومات التى يمكن الاستدلال منها على حقيقة أموال الملتزم بالنفقة أو كانت غير كافية فى التعرف على دخله وأمواله.

ويقصد بالدخل والأموال الخاصة بالمطلوب الحكم عليه بالنفقة، ما يحصل عليه من رواتب أو مكافآت وما فى حكمها من جهة حكومية أو غير حكومية، وكذا ما يمتلكه من عقارات ومنقولات وأوراق نقد؛ لأن هذه الأموال تشكل عناصر الذمة المالية له، ويتعلق بها حق الزوجة، فى الحدود التى تقوم على الوفاء باحتياجاتها الأساسية، وهو مؤدى قوله تعالى: **﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ آتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ مَآ آتَاهَا﴾**.

وقد وضعت المادة قيداً على مباشرة النيابة العامة إجراء التحقيق عن دخل المطلوب الحكم عليه بالنفقة، يتمثل فى عدم الإخلال بسرية حسابات البنوك، لاعتبارات تتعلق بكفالة حرمة خصوصية الشخص على ماله الذى يحرص على سريته، ولتعلق ذلك بالمصلحة العامة.

وقد قصرت المادة، استخدام نتيجة هذه التحقيقات، على الدعوى المطروحة على المحكمة. ولا يمنع ذلك من استخدام هذه التحريات فى قضايا النفقة الأخرى، لوجود العلة التى حدت بالمشرع إلى تكليف النيابة العامة بمباشرة التحقيق بنفسها عن دخل الملتزم بالنفقة، وإنهائه فى مدة لا تتجاوز ثلاثون يوماً.

ويضحى التحرى عن الدخل من جانب النيابة العامة بالنسبة لبعض الفئات فى المجتمع، كالحرفيين وأصحاب المهن ورجال الأعمال، غاية فى الأهمية، حيث تعد هذه التحريات هى المصدر الموثوق به للكشف عن حقيقة دخولهم وثرواتهم الأمر الذى يزود المحكمة بالأسس اللازمة، والمعايير الصادقة لتقدير النفقة وفقاً لهذه التحريات وتمكين طالبة النفقة من الحصول على النفقة المناسبة خاصة أن كل الجهات التى لديها معلومات عن ثروات هذه الأشخاص تلتزم بتقديم البيانات والمعلومات فى هذا الشأن.

المادة (٢٤)

على طالب إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة أن يقدم طلباً بذلك إلى المحكمة المختصة مرفقاً به ورقة رسمية تثبت الوفاة، وإلا كان الطلب غير مقبول.

ويجب أن يشتمل الطلب على بيان آخر موطن للمتوفى وأسماء الورثة والموصى لهم وصية واجبة وموطنهم إن وجدوا، وعلى الطالب أن يعلنهم بالحضور أمام المحكمة فى الميعاد المحدد لنظر الطلب، ويحقق القاضى الطلب بشهادة من يوثق به وله أن يضيف إليها التحريات الإدارية حسبما يراه، فإذا ما أنكر أحد الورثة أو الموصى لهم وصية واجبة ورأى القاضى أن الإنكار جدى، كان عليه أن يحيل الطلب إلى المحكمة الابتدائية المختصة للفصل فيه.

المذكرة الإيضاحية:

حكم المادة (٢٤) من المشروع هو جوهر الأحكام التى تضمنتها المواد (٣٥٦، ٣٥٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادة (٩٣٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وحكم الفقرة الأولى يجعل من تقديم ورقة رسمية تثبت الوفاة شرطاً لقبول طلب إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة.

أما الفقرة الثانية فقد تضمنت البيانات التى يجب أن يشملها الطلب، وإجراءات الإعلان به ونظره، مما استحدثه النص، وخالف فيه الأحكام القائمة هو أنه أوجب على القاضى إذا ثار نزاع جدى بشأن الطلب أن يحيله إلى المحكمة الابتدائية المختصة، بدلاً من الحكم بعدم قبول الطلب بما كان يقتضى من الطالب أن يبدأ الأمر من جديد برفع

دعوى أمام المحكمة المختصة، وهو ما يؤدى إلى إطالة أمد التقاضى وجعلها أكثر عسرا.

النصوص المقابلة

هى النصوص رقم (٣٥٥، ٢٥، ٣٥٦) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة، والمادة (٩٣٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

م ٣٥٥ من اللائحة: تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المنصوص عليها فى المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، يكون أمام قضاة المحكمة الجزئية على حسب الاختصاص المبين فى المادة ٢٥.

ونصت م ٢٥: ترفع الدعاوى فى مواد إثبات الوراثة والإيصاء والوصية أمام المحكمة التى فى دائرتها أعيان التركة العقارية كلها أو بعضها الأكبر قيمة أو أمام المحكمة التى فى دائرتها محل إقامة المدعى عليه.

م ٣٥٦ : على طالب تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة إن تحققت شروطها المنصوص عليها فى المادة ٧٦ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، أن تقدم طلبا بذلك إلى المحكمة المختصة، ويكون الطلب مشتملا على بيان تاريخ الوفاة ومحل إقامة المتوفى وقتها وأسماء الورثة والموصى إليهم وصية واجبة إن وجدوا ومحل إقامتهم ومحل أموال التركة.

م ٩٣٤ مرافعات: يكون تحقيق الوفاة والوراثة أمام رئيس المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها محل افتتاح التركة.

وعلى طالب هذا التحقيق سواء كان وارثا أم موصى له، أن يقدم بذلك طلبا يشتمل على بيان تاريخ الوفاة وآخر موطن للمتوفى وأسماء الورثة والموصى لهم وموطنهم.

وعلى رئيس المحكمة أن يطلب من جهة الإدارة ومن قنصل الدولة التى ينتمى إليها المتوفى عند الاقتضاء التحرى عن صحة البيانات الواردة فى الطلب، وإذا رأى أن التحريات غير كافية، جاز له أن يتولى التحقيق بنفسه، وبعد تمام التحريات يأمر بدعوة الطالب وباقى الورثة والموصى لهم فى ميعاد يحدده ويعلنهم به قلم الكتاب، فإذا حضروا جميعاً أو حضر البعض وأجاب من لم يحضر بالمصادقة أو لم يجب بشيىء أصلاً، حقق الرئيس الوراثة بشهادة من يثق بهم، ومطابقة التحريات والوصايا المقدمة إليه، وأصدر بذلك إشهاداً، وإذا أجاب من حضر أو من لم يحضر بالإنكار، وجب على الطالب أن يرفع دعواه بالطرق المعتادة.

ويكون الإشهاد الذى يصدره الرئيس حجة بالوفاة والوراثة، ما لم يصدر حكم بخلافه أو ما لم تقرر المحكمة أو قاضى الأمور المستعجلة قبل ذلك وقف هذه الحجية.

وذلك كله مع مراعاة ما يفرضه القانون الواجب التطبيق من تعيين منفذ للوصية أو مدير للتركة قبل تحقيق الوراثة.

فقه المصطلحات

إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة، هو ذلك الإشهاد الذى يثبت به الطالب تحقق الوفاة أو الأحقية فى الميراث أو الوصية الواجبة.

وأهمية هذا الإشهاد كبيرة، إذا أنه حجة على استحقاق الطالب فى تركة المتوفى، سواء كان ذلك بالميراث أم الوصية، وبدونه لا يتمكن من الحصول على نصيبه واستقضاء حقه، ولما كانت الشريعة الإسلامية تشترط للاستحقاق فى التركة موت المورث، وحياة الوارث، فإن إثبات

وفاة المورث، وحياة الوارث يكونان لازمان لأخذ الطالب الوارث أو الموصى له نصيبه فى التركة، وهو ما يتأتى بإشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة، إذ أنه الطريق الذى رسمه القانون لذلك.

وحصول الوارث علي نصيبه في تركة مورثه سنده النصوص، بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيَ أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ﴾ [النساء: آية ١١]، وقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَّفْرُوضاً﴾ [النساء: آية ٧]، وقول الرسول ﷺ: (من ترك مالاً فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، واعقل عنه وأرث، والخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرث).

ويتطلب الحكم بالوفاة، ثبوت هذه الوفاة، عن طريق ورقة رسمية هى شهادة الوفاة الصادرة عن الجهة الإدارية المختصة، ولم تحصر الشريعة ثبوت الوفاة فى هذه الطريقة وحدها، وإنما يمكن أن تثبت الوفاة، بالشهادة، أو بالإبلاغ من الورثة وأهل الميت، أو باستفاضة خبر الوفاة وتسامعه بين الناس.

شرح المادة

أوجبت المادة لحصول الطالب على إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة، أن يقدم طلباً بذلك للمحكمة المختصة مرفقاً به شهادة وفاة، ولا يقبل هذا الطلب بدون هذه الشهادة، كما لا يجوز قانوناً إثبات حدوث الوفاة أو وجود سبب الوراثة، أو الاستحقاق فى الوصية الواجبة بغير هذه الورقة الرسمية المرفقة بالطلب المقدم إلى رئيس المحكمة.

وقد عدت المادة البيانات التى يتضمنها الطلب للحصول على إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة، وهى بيان آخر موطن للمتوفى، وأسماء الورثة المستحقين فى تركة المتوفى، وأسماء الموصى لهم وصية واجبة ومحال إقامتهم، ويقوم الطالب بإعلان الورثة أو الموصى لهم بالتكليف بالحضور فى الموعد الذى تحدده المحكمة، لسماع أقوالهم بشأن إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة، ليكون الإشهاد حجة عليهم، فإذا أعلنوا إعلاناً صحيحاً، وتخلفوا عن الحضور، فلا يؤثر ذلك على صحة الإشهاد، واحتجاج الطالب به عليهم.

وفى الجلسة المحددة لنظر طلب الإشهاد، يتحقق القاضى من صحة الإعلان ويستمع إلى الشهود العدول الذين يقررون مصداقية الطلب، وصحة ما ورد به من وقائع، فإذا رأى القاضى أن الشهادة غير كافية، فإن له أن يدعمها بالتحريات التى يقوم بها رجال الإدارة، حتى يكون عقيدته فى هذا الشأن، ويصدر حكمه عن بينه.

وفى حالة مثول الورثة أو الموصى لهم أمام المحكمة، وينازعوا فى الوقائع أو البيانات التى اشتمل عليها طلب إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة، واستشعر القاضى جدية المنازعة والإنكار، فلا يحكم برفض الطلب أو عدم قبوله، وإنما يجب على القاضى أن يحيل الطلب إلى المحكمة الابتدائية التى ينعقد لها الاختصاص لتفصل فيه، وتصدر حكمها بشأنه، وهذا هو الحكم الجديد الذى أتت به المادة.

تطبيقات قضائية

وفقاً للمادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، يكون تحقيق الوفاة والوراثة حجة فى هذا الخصوص، ما لم يصدر حكم على خلاف هذا التحقيق، وإنكار الوراثة الذى يستدعى استصدار مثل هذا الحكم يجب – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يصدر من

وارث آخر يدعى الوراثة، وبيت المال – وزارة الخزانة – لا يعتبر وارثاً بهذا المعنى، وإنما تؤول إليه التركة على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك، وهو ما تؤكده المادة الرابعة من قانون المواريث رقم ١٩٤٣/٧٧ فى قولها: فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها للخزانة العامة، فإذا كان الثابت أن الطاعن استند فى دعواه على الإعلام الشرعى الذى بمقتضاه تحققت وفاة والدته، وانحصار إرثها فيه، وأغفل الحكم المطعون فيه حجية هذا الإعلام فى مواجهة بيت المال، فإنه يكون قد خالف القانون، وأخطأ فى تطبيقه، وشابه قصور يعيبه.

الطعن ٣٥/٢ ق ، فى ١٩٦٦/٥/١١

لا يقبل الاحتجاج بإعلام الوفاة والوراثة مادام قد سبقه حكم منافٍ له، ترتبت عليه آثاره، ومادام من يراد الاحتجاج به عليه لم يكن طرفاً فى ذلك الإشهاد ولم يعلن بإجراءاته.

٢٧/١٧٢ ك مصر ، فى ١٩٣٠/٤/٨

إن تحقيق الوفاة والوراثة – هو بمثابة دعوى يدعى فيها الطالب أنه وارث، ويعلن فيها جميع الورثة – وبعد أن يتحقق القاضى من صحة الطلب، يصدر الإعلام الشرعى المطلوب، وأن الورثة إذا نازعوا كلهم أو بعضهم فى الطلب يوقف القاضى عمل الإعلام، ويكون الطالب فى هذه الحالة مضطراً إلى رفع دعوى شرعية بالوراثة.

الطعن ٤/٩١٨ ق ، فى ١٩٢٧/٦/٧

تدفع حجية الإعلام الشرعى بحكم من المحكمة المختصة، وهذا الحكم كما يكون فى دعوى أصلية يصح أن يكون فى دفع أبدى فى الدعوى التى يراد الاحتجاج فيها بالإعلام الشرعى، متى كانت الهيئة التى فصلت فى الدفع مختصة أصلا بالحكم فيه، وقضاؤها هذا يعتبر

إهداراً لحجية الإعلام لا تملكه المحكمة أصلاً، بل هو قضاء من محكمة مختصة يخالف ما ورد فى الإعلام بتحقيق الوفاة والوراثة، وهذا القضاء أجازه الشارع وحد به من حجية الإعلام الذى يصدر بناء على إجراءات تقوم فى جوهرها على تحقيقات إدارية يصح أن ينقضها بحث تقوم به الجهة القضائية المختصة.

الطعن رقم ٣٢/٣٢ ق ، فى ١٩٦٦/٦/٢٩

الطعن رقم ٣١/٤٥ ق ، فى ١٩٦٤/٣/١١

إن الشريعة الإسلامية قد جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقاً فى ماله ينحجز به المورث عن التصرف بالوصية لوارث آخر، وهذا الحق يكون كامناً ولا يظهر فى الوجود، ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث، وعندئذ تبرز بقيام هذا الحق شخصية الوارث منفصلة تمام الانفصال عن شخصية المورث فى كل ما يطعن به على تصرفات المورث الماسة بحقه، وينطبق عليه كما ينطبق على الأجنبى عن المورث أحكام القانون الخاصة بالطعن على تصرفات المورث، فيحل له إثبات مطاعنه بكل طرق الإثبات فإذا كان مدى النزاع أن المدعى عليهم فى الطعن يطعنون على السند الذى تستمسك به الطاعنة بأنه تصرف إنشائى من المورث أخرجه فى صيغته مخرج تصرف إقرارى بقصد إنشاء وصية للطاعنة، مع أنها من ورثته الذين لا يصح الإيصاء لهم إلا بإجازة سائر الورثة، وقدم خصوم الطاعنة وهم من الورثة أمام المحكمة أدلة تفيد أن السند المتنازع عليه هو وصية لم يجزها سائر الورثة فأخذت بهذه الأدلة وأبطلت السند، فلا تثريب عليها فى ذلك.

الطعن رقم ٥/٦٧ ق ، فى ١٩٣٦/٢/٢٧

قوانين الإرث – أى أحكامه – لا تنطبق على ما يخلفه المتوفى من الأملاك حين وفاته، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته لسبب من أسباب التصرفات القانونية، فلا حق للورثة فيه، ولا سبيل لهم إليه، ولو كان المورث قد قصد حرمانهم منه أو إنقاص أنصبتهم فيه.

الطعن رقم ٢/٦ ق ، فى ١٩٣٦/٦/٤

إقامة الحكم قضاءه بثبوت نسب المطعون ضدهم إلى والدهم واستحقاقهم الإرث فى تركة أخيهم لأب مطبقاً الشريعة، تطبيق الحكم الشريعة الإسلامية على دعوى النسب التى أقيمت تبعاً لدعوى الإرث ابتغاء تعيين الورثة، وتحديد أنصبائهم فى التركة، عدم بحثه مسألة حظر تعدد الزوجات فى الشريعة المسيحية لاعيب ،دعوى الإرث متميزة عن دعوى الزوجية.

الطعن ٦٤/١١٤ ق ، فى ١٩٩٨/١١/٣٠

المادة (٢٥)

يكون الإشهاد الذى يصدره القاضى، وفقاً لحكم المادة السابقة حجة فى خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة ما لم يصدر حكم على خلافه.

المذكرة الإيضاحية

نص المادة (٢٥) من المشروع، يقابل نصى المادتين (٣٦١) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، (٩٣٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية، ولم يتضمن جديداً إلا إعادة صياغتها للوفاء بالحكم، بأن يكون الإشهاد الذى يصدره القاضى وفقاً لحكم المادة (٢٥) حجة بالوفاة والوراثة والوصية الواجبة، ما لم يصدر حكم على خلاف ما جاء فيه.

النصوص المقابلة.

هى نصوص المادتان (٣٦١، ٢٥) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية

م ٣٦١: يكون تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة إن وجدت على وجه ما ذكر حجة فى خصوص الوفاة والوراثة والوصية الواجبة المحققة للشروط ما لم يصدر حكم شرعى على خلاف هذا التحقيق.

م ٢٥ سبق إيرادها، وكذلك م ٩٣٤ مرافعات سبق ذكرها.

شرح المادة:

هذه المادة مكملة لما قبلها، ولازمة لها، ومؤداها حجية إشهاد الوفاة أو الوراثة أو الوصية الواجبة، فى مواجهة أقارب المتوفى، ومن لهم حقوقاً على التركة والورثة والموصى لهم، وهى حجية نسبية؛ لأنه متى صدر حكم من المحكمة المختصة، وهى المحكمة التى فى دائرتها

أعيان التركة، أو التي في دائرتها محل إقامة المدعى عليه يقضي بإخراج بعض الورثة وعدم استحقاقه، أو إدخال ورثة آخرين، أو أن ثمة موصى له بالوصية الواجبة، فإن الحكم الأخير يكون هو المعول عليه، وينسخ الحكم اللاحق الحكم السابق، لتنتهى بذلك حجية الحكم الأول، وتثبت الحجية للحكم الأخير.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن: تحقيق الوفاة والوراثة – هو بمثابة دعوى يدعى فيه الطالب أنه وارث ويعلن فيها جميع الورثة – وبعد أن يتحقق القاضي من صحة الطلب يصدر الإعلام الشرعي المطلوب، وأن الورثة إذا نازعوا كلهم أو بعضهم في الطلب يوقف القاضي عمل الإعلام، ويكون الطالب في هذه الحالة مضطرا إلى رفع دعوى شرعية بالوراثة.

الإعلام الشرعي – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – تدفع حجيته وفقا لنص المادة ٣٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بحكم من المحكمة المختصة، وهو بهذه المثابة لا يتصور أن يكون محلا للطعن بطريق النقض استقلالا، ولا عبرة بالتحدى بأن الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية تسرى على الكافة إلى أن يقضى بإلغائها؛ لأن الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية، لا تكون إلا للأحكام التي تنشئ الحالة المدنية لا الأحكام التي تقرها، وإذا خلع حكم على الطاعن صفة البنوة فإنما يقرر حالة ولا ينشئها، ومن ثم تكون حجيته نسبية قاصرة على أطرافه لا تتعداهم إلى الغير.

الطعن رقم ٣٥/٦ ق ، في ١٩٦٨/٢/٧

وقضى بأن دعوى إثبات الوفاة والوراثة دعوى صفة قصد بها إثبات صفة المورث، وهي ليست نزاعا مدنيا.

الطعن رقم ٣٩/١٧ ق ، ص ٢٥، ص ٦٧٢

الفصل الثانى

مسائل الولاية على المال

المادة (٢٦)

تتولى النيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم، والإشراف على إدارتها وفقاً لأحكام هذا القانون، ولها أن تندب – فيما ترى اتخاذه من تدابير – أحد مأمورى الضبط القضائى.

كما يكون لها أن تستعين بمعاونين يلحقون بها بقرار يصدره وزير العدل ويعتبر هؤلاء المعاونون من مأمورى الضبط القضائى فى خصوص الأعمال التى تناط بهم أثناء تأديتهم لوظيفتهم.

المذكرة الإيضاحية

استثمر المشروع فاعلية عمل النيابة العامة وما لها من ارتباط وثيق بالمجتمع الذى تنوب عنه، فدعم الدور الإيجابى لها فى دعاوى الأحوال الشخصية وخاصة فى مسائل الولاية على المال، باعتبار أن حماية أموال القاصر والغائب، ومن يقوم به سبب من أسباب زوال الأهلية هو أمر يهم المجتمع كفالته، وعهد إليها بالاختصاصات التى كانت لقاضى الأمور الوقتية بموجب نصوص الكتاب الرابع من قانون المرافعات، فأناط المشروع فى المادة (٢٨) المقابلة للمادة (٩٦٩) من قانون المرافعات بالنيابة العامة رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والتحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها، ومد بذلك نطاق تلك الرعاية ليشمل ناقصى الأهلية، فضلاً عن تخويل النيابة العامة سلطة تقدير نفقة وقتية من أموال مستحق النفقة لمواجهة احتياجاته خلال الفترة التى يستغرقها صدور حكم بتقدير نفقة له من المحكمة المختصة،

وهو ما لم يكن مرعياً فى ظل نص قانون المرافعات المدنية والتجارية المشار إليه.

فقه المصطلحات

عديم الأهلية، هو الشخص الذى فقد أهليته، وانعدم التمييز لديه، بسبب صغر فى السن أو للعته أو الجنون وتتحقق فى الطفولة، وفقدان العقل وتغييبه. ويلازم فقدان التمييز لديه، تضاؤل فى البنية الجسدية لديه، لكونها فى مدارجها الأولى، ويعد سن السابعة هو الحد المميز بين انتهاء مرحلة انعدام التمييز وفقدان الأهلية، وبداية مرحلة نقصان الأهلية.

ومفاد ذلك أن ناقص الأهلية، هو الذى لديه قدر من الإدراك والتمييز، تتوسط بين حاله فقدان الأهلية، وحالة كمال الأهلية، بسبب قصور فى عقله، وضعف فى بدنه، وهى مرحلة الصبى المميز الذى بلغ سن تعقل الأشياء دون أن يكون لديه الملكة الذهنية والبدنية على عقلها، ومباشرتها بالكلية.

وقد أصلت النصوص، مرحلة انعدام الأهلية فى قوله تعالى: **﴿وَاللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لاَ تَعْلَمُونَ شَيْئاً﴾** [النحل: آية٧٨]، كما أشارت إلى مرحلة نقصان الأهلية بقوله تعالى: **﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾** [النور: آية٥٩]، وبقول الرسول ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ)، وقوله: (مروا أولادكم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم فى المضاجع).

والغائب شرعاً: هو الشخص الذى جهل حاله، وانقطعت أخباره، ولا تدرى حياته من موته، وهو فى عموم معناه أشمل من المفقود بحيث يشمله ويشمل غيره.

وقد تبنى القانون هذه المصطلحات لعديم الأهلية وناقصها، فقد نص القانون المدنى فى م ١/٤٥ : لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون، وكل من لم يبلغ السابعه يعتبر فاقداً للتمييز.

كما نص فى م ٤٦: كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون، وهى ما بين سن السابعة وحتى سن الحادية والعشرين.

أما بالنسبة للغائب فقد أصبح فى ظل القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢: من تكون غيبته غيبه حقيقية أو حكمية، فقد ورد بمذكرته الإيضاحية أنه رؤى سحب أحكام الغيبة على من يكون له محل إقامة أو موطن معلوم فى الخارج، ولكن تحول الظروف بينه وبين تولى شئونه أو الإشراف على إدارتها.

شرح المادة

أناطت المادة بالنيابة العامة – بوصفها الأمينة على مصلحة المجتمع – رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين، وتتجلى هذه الرعاية فى اتخاذ كل ما من شأنه الحفاظ على أموال هؤلاء الأشخاص، فى صورة إجراء وقائى أو علاجى، ومن ذلك التحفظ على أموالهم والإشراف على إدارتها، وفقاً للقانون، وفى إطار ما أتى به من

ضوابط، وقد ترى النيابة فى تفعيل هذه الرعاية ندب أحد مأمورى الضبط القضائى.

وقد تستعين فى سبيل ذلك بمعاونين ملحقين للعمل بنيابات الأحوال الشخصية، على النحو الذى أشرنا إليه بقرار وزير العدل رقم ١٠٨٦/٢٠٠٠.

وقد أسند القانون للنيابة العامة، فى نطاق تخويلها اتخاذ التدابير والصلاحيات لحماية أشخاص، وكفالة عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين، بتقدير نفقة مؤقتة من مال مستحق النفقة ريثما يصدر حكم من القاضى بتقديرها، باعتبارها مطلباً ملحاً يتعين إجابته وعدم تأخيره.

تطبيقات قضائية

الأهلية لدى فقهاء القانون الوضعى، هى وصف يقوم بالشخص فيجعله قابلاً لأن يكون له حقوق وعليه واجبات.

٣٨٦ لسنة ١٩٤٥، شبين الكوم، فى ١٩٤٦/١١/٢٤

الصبى المميز أهل للخصومة، وأهل الخصومة أهل للدعوى، وأهل الدعوى أهل للحلف.

١٩٢٩/٩٨ العياط، فى ١٩٣٠/١/٦

الأهلية التى تشترط لصحة الأقارير هى أهلية المقر للتصرف فيما أقر به، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية، بل يجوز الإقرار للصغير غير المميز والمجنون.

طعن نقض رقم ١٠٧ / ٤ ق، فى ١٩٣٥/٥/٢٣

القاضي له الولاية العامة، وله مراقبة أصحاب الولايات الخاصة، حتى إذا خرج أحدهم عن حدود ولايته كان للقاضي سلب تلك الولاية منه، وإعطاؤها لغيره طبقاً للمنهج الشرعي.

١٧٨/٣٤ عابدين، في ١٩٣٥/١٠/١٩

ولاية ذي الولاية على النفس مقيدة بتحقيق مصلحة الولد، فإذا انتفت المصلحة زالت الولاية على النفس والمال.

١٩٤٨/٢٩٥، العطارين، في ١٩٤٨/٤/٢٠

وقضى بأن : النيابة العامة هي جهة تلقي التبليغات وتحقيقها ورفع الأمر إلى القاضي في النزاع في مواد الولاية على المال لعديمي الأهلية أو نقصانها - ولا يشترط توافر المصلحة فيمن يتقدم بهذه التبليغات.

الطعن رقم ١٩ لسنة ٥١ ق ، في ١٩٨٢/٤/١٣

المـادة (٢٧)

على الأقارب الذين كانوا يقيمون مع المتوفى فى معيشة واحدة أو أكبر الراشدين من الورثة، إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن أو وفاة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب، خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة.

وعلى الأقارب إبلاغ النيابة العامة خلال ذات المدة عن فقد أهلية أو غياب أحد أفراد الأسرة إذا كان مقيماً معهم فى معيشة واحدة.

المذكرة الإيضاحية:

ولإعمال فاعلية عمل النيابة العامة فى رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين والحمل المستكن، ألزمت المادة (٢٩) من المشروع إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص عن أى من هؤلاء، أو وفاة الغائب المعين عن أى منهم، وكذا الإبلاغ عن فقد أهلية أو غياب أحد أفراد الأسرة، وهى تقابل المادة (٩٧٩) من قانون المرافعات، مع تعديلات قصد منها إحكام عمل النص لتحقيق الغاية المبتغاة منه، بأن حدد النص شخص الملزم بالإبلاغ بأكبر الراشدين من الورثة أو الأقارب المقيمين مع المتوفى أو مع من فقد أهليته أو غاب، وأن يكون الإبلاغ للنيابة العامة مباشرة، مع إطالة المدة التى يتعين الإبلاغ خلالها لتكون ثلاثة أيام بدلاً من ٢٤ ساعة، بقصد التيسير على الملتزم بالإبلاغ، خاصة وأن ظروف الوفاة أو فقد الأهلية أو الغياب قد تحول دون الإبلاغ فور حدوثها، وأن عدم الإبلاغ خلال هذه المدة يعرضه للعقوبة المنصوص عليها فى المادة (٣١) من المشروع.

شـرح المـادة

وضعت المادة التزاماً على الأقارب الذين يقيمون مع المتوفى فى معيشة واحدة أو أكبر الورثة الراشدين، أن يقوموا بـإبلاغ النيابـة العامـة بواقعة وفـاة الشـخص الغـائب، أو عديـم الأهليـة أو ناقصـها أو الحمـل المستكن، وهذا منشؤه أن الأقارب المقيمين مع المتوفى فى معيشة واحدة، أو أكبر الورثة الراشدين، هم الأعرف والأكثر اضطلاعاً عن غيرهم بحكـم الإقامة اللصيقة والقرابة القريبة بواقعة الوفاة، كما أن لهم حقوقاً وعليهم التزامات نتيجة الوفاة، وأخصها تعلق حقهم فى تركة المتوفى، بالإضافة إلى أنهم علـى علـم بخصوصياتـه وتصرفاتـه، فـهم الخلـف الخـاص لـه والامتداد الطبيعى الموصول به، وهو مناط الاهتمام القانونى.

ومـن ناحيـة أخـرى، فقـد ألزمـت المـادة الأقـارب المقيمـين مـع المتوفى، أو أكبر الورثة الراشدين الإبلاغ عن واقعة وفاة الـولى أو الوصـى أو القيم أو الوكيل عـن الغـائب خـلال ثلاثـة أشـهر مـن تـاريخ حصـول الوفاة، للاعتبارات المنوه عنها، فضلاً عـن الأهميـة الكامنـة فـى رعايـة مصالح عديمى الأهلية والقصر والمحجور عليـهم والغـائبين، واتخـاذ مـا يلزم من إجراءات لصيانة أموالهم ورعاية شئونهم.

كما فرضت المادة على الأقارب إبلاغ النيابة العامـة عـن حـالات فقد الأهلية أو الغياب؛ لأى من أفراد الأسرة الذين يقيمـون فـي معيشـة واحدة، خلال ثلاثة أيام، ويلاحظ أن واقعة الإبلاغ تمثل التزاماً شـرعياً وقانونياً.

والإبلاغ عن هذه الوقائع يكون للنيابة العامة دون غيرها؛ لكونها الجهة الممثلة للمجتمع، الأمينة على مصالح أفراده، القائمة علـى شـئون الولاية العامة للأشخاص الذين هم بحاجـة إلى مسـاعدة المجتمـع، ومـد

مظلة الحماية عليهم، حيث إنها ولى من لا ولى له، وفقاً للمصطلح الفقهى، بحكم ما عهد إليها القانون من ولاية فى هذا الشأن.

ونص هذه المادة، حل محل المادة (٩٧٩) مرافعات، ونصها: على الأقارب المقيمين فى معيشة واحدة مع المتوفى وعلى ورثته البالغين والمأمورين أو الموظفين العموميين الذين أثبتوا الوفاة وكذلك مشايخ البلاد أن يبلغوا العمدة أو شيخ الحارة فى ظرف أربع وعشرين ساعة بوفاة كل شخص توفى عن حمل مستكن أو قصر أو عديمى الأهلية أو ناقصيها أو غائبين، وبوفاة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب.

ويجب على الأقارب البالغين كذلك أن يبلغوا عن فقد أهلية أحد أفراد الأسرة أو غيابه، إذا كان مقيماً معهم فى معيشة واحدة.

وعلى العمد ومشايخ الحارات أن يبلغوا ذلك إلى النيابة العامة والمحكمة التى يقع فى دائرتها محل عملهم فى ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت إبلاغهم بذلك أو عملهم به.

وبمقارنة هذا النص بما نصت عليه المادة (٢٧) نجد أنها أحكم فى الصياغة، وأكثر تحديداً للملتزمين بالإبلاغ عن الواقعات والحالات التى أتى بها النص، فضلاً عن أنها جعلت الإبلاغ موجهاً إلى جهة واحدة هى النيابة العامة، دون غيرها، وهذا الاتجاه يتمشى مع مقصود المشرع من توسيع مجالات واختصاصات النيابة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية، ولا أدل على ذلك من قانون الحسبة الذى جعل ممارسة هذه السلطة من خلال النيابة العامة.

تطبيقات قضائية

ومن التطبيقات القضائية التى أرستها محكمة النقض:

النيابة العامة هى جهة تلقى التبليغات وتحقيقها ورفع الأمر إلى القاضى فى النزاع فى مواد الولاية على المال لعديمى الأهلية أو ناقصيها، ولا يشترط المصلحة فيمن يتقدم بهذه التبليغات.

الطعن رقم ١٩ لسنة ٥١ ق ، فى ١٩٨٢/٤/١٣

المـادة (٢٨)

على الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال، إبلاغ النيابة العامة، عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم.

وعلى المختصين بالسلطات الإدارية، إبلاغ النيابة العامة، متى تبين لهم أثناء تأدية عملهم حالة من حالات فقد الأهلية على النحو المشار إليه بالفقرة السابقة.

المذكرة الإيضاحية:

وتحقيقاً لذات الغاية، ألزمت المادة (٢) من المشروع، المقابله للمادتين (٩٨٠، ٩٨٣) من قانون المرافعات، الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات والمختصين بالسلطات الإدارية بحسب الأحوال، إبلاغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم أثناء تأدية عملهم.

شـرح المـادة

تأتى هذه المادة فى ذات السياق الذى جاءت به سابقتها لتؤكد على إلزام وتكليف من تجمعهم رابطة قوية، أو صلة تعامل مع هؤلاء الأشخاص الذين تنتابهم حالة من حالات عوارض الأهلية، كالجنون أو العته، أن يقوموا بإبلاغ النيابة العامة، لتتخذ شئونها حيال من ألم به حالة فقد الأهلية الذى يكون منشؤه عاهة عقلية، لخصوصية هذه الآفة وعظم تأثيرها على كيان الشخص، وتوازنه النفسى والعصبى.

ولما كانت حالات فقدان الأهلية، حالات مرضية، تتعلق بنوع من الأمراض هى الأمراض النفسية والعصبية، فقد رئى أن يقع هذا الالتزام على عاتق الأطباء، هم فى الغالب أهل هذا التخصص، وهو

الالتزام الذى يشمل الإبلاغ عن كل حالة فقد الأهلية بسبب عاهة عقلية، سواء كانت فى مصحة أو مستشفى أو مركز طبى عاماً كان أو خاصاً.

وينضم إلى فئة الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات المسئولين فى الجهات الإدارية، الذين يناط بهم تسيير العمل فى هذه الجهات، متى اضطلعوا على حالة من حالات فقد الأهلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم، فإن عليهم أن يبلغوا النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القانونية تجاه حالات فقد الأهلية، وما يتطلبه ذلك من تدابير لحماية نفس فاقد الأهلية، والمحافظة على ماله.

وقد اقتصر المشرع فى ضرورة إبلاغ النيابة العامة على حالات فقد الأهلية فقط، مع أهمية شمول هذا التبليغ للنيابة العامة، لبعض حالات عوارض الأهلية الأخرى التى تخل بمقومات الشخصية الإنسانية، من حالات نقصان الأهلية، التى تعرض لبعض الأشخاص، ويضطلع عليها الأطباء أو المختصين فى الجهات الإدارية، وربما كان منشأ ذلك راجع إلى خطورة هذه الحالة، ومبلغ أثرها على تصرفات الشخص وأهليته القانونية.

وقد استعاض المشرع بهذه المادة، عن مادتين كان قد أوردهما فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات الملغى، وهما المادة ٩٨٠، ٩٨٣:

المادة ٩٨٠: على الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال، أن يبلغوا النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم أثناء تأدية أعمالهم.

المادة ٩٨٣: يجب على السلطات الإدارية والقضائية أن تبلغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديها أثناء تأدية أعمالها.

المــادة (٢٩)

على الوصى على الحمل المستكن إبلاغ النيابة العامة بانقضاء الحمل أو بانفصاله حياً أو ميتاً.

المذكرة الإيضاحية

ولذات العلة، ألزمت المادة (٢٩) من المشروع، المقابلة للمادة (٩٨١) من قانون المرافعات - الوصى على الحمل المستكن - سواء كان مختاراً أم معيناً - إبلاغ النيابة العامة فور انقضاء مدة الحمل أو انفصال الحمل حياً أو ميتاً، حتى تتمكن النيابة العامة من اتخاذ الإجراءات اللازمة فى كل حالة.

فقــه المصطلحــات

الحمل عند الفقهاء، اسم لنطفة متغيرة، فإذا كان مضغة أو علقة ولم يتغير ولم يصبح لحماً، فلا يكون حملاً، فإذا قررت المرأة أن الذى ولدته قطعة لحم، فهو حمل؛ لأن النطفة لا تعتبر لحماً قبل أربعة أشهر، وقد جاء فى حاشية ابن عابدين جـ ٢، ص ٦٢٠ أنه يقضى بانقضاء العدة بوضع الحمل ولو كان مستبيناً بعض خلقه متى مضى على مبدأ الحمل مدة أربعة أشهر من وقت العلوق.

وقد اختلف الفقهاء فى مقدار المدة التى يستبين فيها خلق السقط كله أو بعضه، فصاحب المحيط يرى أنها مائة وعشرين يوماً، وكذا صاحب المجتبى حيث قال: إن المستبين بعض خلقه يعتبر فيه أربعة أشهر وتام الخلق يعتبر فيه ستة أشهر؛ لأن الحمل اسم لنطفة متغيرة، فإذا كان مضغة أو علقة لم تتغير، فلا يعرف كونها متغيرة بيقين إلا باستبانة بعض الخلق، وقال صاحب البدائع أن يكون أربعين يوماً نطفة، وأربعين يوماً علقة، وأربعين يوماً مضغة، وعبارته عن عقد

الفرائد: قالوا يباح لها أن تعالج فى استنزال الدم مادام الحمل مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو، وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوماً، وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس بآدمى، واستشكل صاحب البحر بأن المراد نفخ الروح، إذا لمشاهد ظهور خلقه قبل هذه المدة، وهو موافق لما فى بعض روايات الصحيح: إذا مر بالنطفة ثنتان وأربعون ليلة بعث الله ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعاً بَصِيراً﴾ [الإنسان: آية٢]وقوله: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَآءُ لاَ إِلَـهَ إِلاَّ هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾ [آل عمران: آية٦].

شرح المادة:

أوجب نص المادة على الوصى المنوط به رعاية مصلحة الحمل المستكن، الذى تجاوز مراحل الحمل المبكرة، وتخلق فى بطن الأم، أن يبلغ النيابة العامة بانتهاء مدة الحمل، وانتقاله إلى طور آخر، أو بإبلاغها بوضع الحمل وانفصاله حياً أو ميتاً بحسب الأحوال، ومناط ذلك أن للحمل حقوقاً كالوصية والميراث وهو لا يزال مستكناً فى بطن أمه، وله أهلية وجوب فى حدود معينة، الأمر الذى يقتضى معه المحافظة على هذه الحقوق، ورعاية شئونه، خاصة فى هذه المرحلة التى لا يعى فيها من أمر وجوده ناهيك عن نفسه ومصالحه شيئاً، لذلك فرض المشرع هذا التكليف على الوصى، والنيابة العامة هى الأجدر على القيام على هذه الشئون الخاصة بالحمل، بما لديها من صلاحيات ومكنات تكفل لها رعاية مصالح الحمل.

وقد وردت النصوص الفقهية فى المذهب الحنفى بأن الحمل يولى عليه إذا كان محقق الوجود فتجوز الوصية بما فى بطن الجارية والوصية

له، كما تجوز الوصاية عليه لكن لا يثبت حكمها إلا بعد الانفصال[1]، ويقابل نص هذه المادة، نص المادة (٩٨١) الملغاة من قانون المرافعات، وهو: على الوصى على الحمل المستكن أن يبلغ النيابة بانقضاء مدة الحمل أو بانفصاله حياً أو ميتاً، ولا فرق بين هذا النص والنص الحالى فى الصيغة والمضمون.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن: الوصية والإقرار بالنسب، كل منهما تصرف مستقل، أحدهما بالإيصاء وثانيهما بالإقرار بالنسب. وبطلان أحدهما لا يستتبع حتماً بطلان الآخر.

طعن نقض فى ١٩٦٨/٣/٦، ص ٥٢٢

وقضت بأن إقرار المطعون عليها عند طلاقها بخلوها من الحمل لا تأثير له، إذ الحمل مما يخفى على المرأة والتناقض فيه - على ما جرى به قضاء النقض - عفو مغتفر.

الطعن رقم ٤٤/٦ ق ، فى ١٩٧٦/١/٧

وقضى بأنه: جرى القضاء على جواز تقدير النفقة للحمل بعد انفصاله.

دعوى رقم ٤٦/٣٧٤٦ ، ش ك مصر فى ١٩٤٨/٤/١٩

الكاسانى، بدائع الصنائع، جـ ٧، ص ٢٣٥، التنقيح، جـ ٢، ص ٢٨٠.

المـــادة (٣٠)

يعـاقب علـى مخالفـة أحكـام المـواد (٢٧، ٢٨، ٢٩) مـن هـــذا القانون بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تجـاوز مائـة جنيـه، فـإذا كان عدم التبليغ بقصد الإضرار بعديـم الأهليـة أو ناقصـها أوالغـائب أو غيرهم من ذوى الشأن، تكون العقوبة الحبس مـدة لا تزيـد علـى سـنة، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه، ولا تجاوز ألف جنيه أو بـإحدى هـاتين العقوبتين.

المذكرة الإيضاحية

ولضمان تنفيذ الالتزام بالإبلاغ عن الحالات التى تناولتــها المـواد (٢٧، ٢٨، ٢٩) من المشـروع، أفـردت المـادة (٣٠) منـه المقابلـة للمـادة (٩٨٢) من قانون المرافعات عقوبة للمخـالف بتغريمـه مبلـغ لا يقـل عـن خمسين جنيهاً ولا يجاوز مائة جنيه فإذا كان عدم الإبلاغ بقصد الإضرار بعديم الأهلية أو ناقصها أوالغائب أو غيرهم من ذوى الشأن تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد علـى سنة، وغرامـة لا تقـل عـن مائـة جنيـه، ولا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

شـــرح المـــادة

فرض المشرع جزاء جنائياً على مخالفة أحكام المـواد (٢٧، ٢٨، ٢٩) التى تحمـى حقـوق عديمـى الأهليـة وناقصيـها والغـائبين والحمـل المستكن، ومن لهم الولاية على نفس هؤلاء الأشخاص الذين هـم بحاجـة إلى الرعاية والحماية، ويتمثل هذا الجزاء فى معاقبة المخالف لها بغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تجاوز مائة جنيه.

فإذا كان عدم التبليغ بقصد الإضرار بعديم الأهليـة أو ناقصـها أو الغائب أو من المخولين الولاية عليـهم، فتكـون العقوبـة الحبـس مـدة لا

تزيد على سنة، وغرامة لا تقل عن مائة جنيه، ولا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. وقد شددت العقوبة في الحالات الأخيرة عن الحالة الأولى، نظراً لقصد الإضرار، وتعمد إحداثه بهؤلاء الأشخاص، بينما كان العقاب في الحالة الأولى أخف، لخلوه عن العمدية، وانحصاره في الإهمال والتقاعس عن الإبلاغ، وبالقطع فإن ثمة فرقاً بينهما.

ويلاحظ أن النص المقابل لهذه المادة، هو نص المادة (٩٨٢) مرافعات: كل مخالفة لأحكام المواد السابقة يعاقب عليها بغرامة لا تتجاوز مائة جنيهاً، فإذا كان عدم التبليغ مقروناً بنية الإضرار بعديمي الأهلية والغائبين تكون العقوبة الحبس لمدة لا تجاوز سنة، وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

المــادة (٣١)

يعاقب بالحبس كل من أخفى بقصد الإضرار مالا مملوكا لعديمى الأهلية أو ناقصها أو الغائب.

المذكرة الإيضاحية

تناولت المادة (٣١) من المشروع، المقابلة للمادة (٩٩٤) من قـانون المرافعات بيان عقوبة كل من أخفـى بقصـد الإضـرار مـالا مملوكـا لعديـم الأهلية أو ناقصها أو الغائب، فجعلتها الحبس دون تحديـد حـد أقصـى لمدته، وألغت عقوبة الغرامة التى كانت فى مادة المرافعـات، بتقديـر أن تغليظ العقوبة على هذا النحو هو الجزاء المناسب لكل من تسول له نفسه الإضرار بأموال المعنيين بالحماية.

شـــرح المــادة

يأتى تغليظ العقوبة بجعلها الحبس غير محدد المدة، متســقا مـع الأهمية التى يوليها المشرع لحماية الأمـوال المملوكـة لعديمـى الأهليـة أو ناقصيها أو الغائبين، لكونهم من الفئات التى بحاجة إلى الرعايـة، فـهم ضعاف البنية والعقل، مفتقرين إلى الحماية، وما لم تنبسط مظلة الحماية على أنفسهم وعلى أموالهم، فإن مصير هذه الأمــوال سيكون إلى الضيـاع والتبديد، لذلك عهد المشرع أمر حمايـة أموالهـم إلى النيابـة العامـة، ولم يتركها تحـت رحمـة ذوى الشـأن أو يجعلـها تحـت إشـراف أى جهـة إدارية، خوفا عليها مـن الهـلاك والضيـاع، وبـهذا المسـلك وفـر المشـرع حماية من حيث الجهة الأمينة والمؤهلة للحفاظ على هذه الأموال، وهـى النيابة العامة ثم إنه لجأ إلى تقرير جـزاء رادع علـى كـل مـن تسـول لـه نفسه إخفاء أموال مملوكة لعديمى الأهليـة أو ناقصيـها أو الغـائبين بـأن جعل الحبس بغير حـد أقصـى عقوبـة، لـن اعتـدى علـى هـذه الأمـوال

بالتهريب أو بأية صورة من صور الإخفاء، وكان الأجدر بالمشرع أن يقرر هذه العقوبة لكل من أضر بهذه الأموال بأى شكل من أشكال الضرر، يستوى فى ذلك إخفاءها أو تبديدها، أو تضييعها أو إهلاكها، دون الوقف عند الإخفاء وحده لاتحاد العلة، فإن عدم التعميم فى مد مظلة الحماية إلى كل صورة من شأنها الاعتداء على أموال عديمى الأهلية أو ناقصيها أو الغائبين، يفتح المجال للعبث بهذه الأموال وتضييعها، وهو ما يلحق الضرر بهم.

وقد كانت المادة (٩٩٤) الملغاة بهذا القانون مع نظيرتها فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات تنص على أن: يعاقب كل من أخفى بقصد الإضرار مالاً منقولاً مملوكاً لعديمى الأهلية أو الغائبين بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

والواقع، أن تغليظ العقوبة التى أتت بها المادة وترك تحديدها للسلطة التقديرية للقاضى الإسلامى، فى وجوب القيام على أموال الفئات التى ألم بها عارض من عوارض الأهلية، وضرورة المحافظة عليها والنهى عن الاعتداء عليها، بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللّهِ حَسِيباً﴾ [النساء: آية ٦].

المادة (٣٢)

تقيد النيابة العامة طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الحد منها أو وقفها، وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه وإثبات الغيبة، والحد من سلطة الوكيل عن الغائب، ومنع المطلوب الحجر عليه، أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب فى سجل خاص.

ويقوم القيد فى السجل مقام التسجيل، وينتج أثره من تاريخ إجرائه متى قضى بإجابة الطلب، وعلى النيابة العامة شطب القيد إذا قضى نهائيا برفض الطلب، ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات القيد والشطب.

المذكرة الإيضاحية

وباعتبار أن النيابة العامة هى القائمة على رعاية مصالح عديمى الأهلية وناقصيها والغائبين، وأنها جهة تلقى البلاغ عن الحالات التى نظمتها المواد (٢٧، ٢٨، ٢٩) من المشروع، كان لزاما أن يناط بها وحدها قيد الطلبات المتعلقة بمن تقوم على رعايتهم، وهو ما نص عليه المشروع فى المادة (٣٢) منه المقابلة للمواد (١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨) من قانون المرافعات، وحلت بذلك محل قاضى الأمور الوقتية الذى كان يصدر الأمر بهذا القيد، وتقيد النيابة العامة هذه الطلبات فى سجل خاص، يقوم القيد فيه مقام التسجيل، ومن ثم يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس على علم الغير ممن تعامل مع من قدم الطلب ضده، وينتج القيد أثره متى قضى من المحكمة المختصة بإجابة الطلب، مع مراعاة أن القيد فى السجل لا يستفيد منه الغير سيئ النية، وذلك على نحو ما ورد بالمواد (١١٤، ١١٥، ١١٧) من القانون المدنى، وكما تتولى النيابة العامة قيد الطلبات فإنها تتولى شطبها إذا قضى نهائيا برفض الطلب،

وتكون إجراءات القيد والشطب وفقاً لما يرد بقرار وزير العدل فى هذا الخصوص.

فقه المصطلحات

ثمة أسباب معينة للولاية على المال، فى الشرع والقانون، هى الصغر والعته والجنون والسفه والغفلة والغيبة، وذوى العاهات، استوجبت هذه الأسباب أن يعهد بإدارة المال وحفظه إلى الولى والوصى.

أ- الصغر

فبالنسبة للصغير، فإن الولاية تثبت للأب المعروف بالأمانة وصلاح الرأى والتدبير، على ماله ولاية كاملة، فله اتخاذ كل الوسائل اللازمة لرعاية المال وإدارته، كما أن للولى التصرف فى مال الصغير، كما يتصرف فى مال نفسه، إلا إذا كان فى تصرفه ما يلحق الضرر المحض بما لا يرجى منه نفع البتة، فترد مثل هذه التصرفات، فلو تبرع الأب بمال الصغير مثلاً لجمعية خيرية أو اشترى به له صفقة بغبن فاحش رد هذا التصرف، ومعيار الغبن الفاحش هو: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، ومن ثم فإن للأب التصرف فى مال الصغير والتعامل فيه بالبيع والرهن والقسمة والإنفاق، وتسليم المال، والإجارة.

ب- الحجر:

أما بالنسبة للحجر، فهو المنع من التصرف فى المال، ويختلف الفقهاء فى الأسباب الموجبة للحجر، فهى عند أبى حنيفة الجنون والصبا، وهى عند جمهور الفقهاء السفه والتبذير ومطل الغنى وركوب الدين، وخوف ضياع المال بالتجارة، والتلجئة، والإقرار لغير الغرماء، ومؤدى ذلك أن الحجر عند الجمهور إجراء يغلب عليه الجانب الوقائى بغرض الحيلولة دون كل ما يذهب بالمال، ويقود إلى ضياعة أو ما هو

مظنة ذلك، بينما عند أبى حنيفة، هو إجراء يغلب عليه الجانب العلاجى، الذى يقتضى الحد من الحجر، وعدم اللجوء إليه إلا فى حالات الضياع المحقق للمال أو غلبة الظن بذلك، باعتباره – أى الحجر – قيداً استثنائياً على حرية الشخص وكرامته الإنسانية.

والسند على الحجر نصوص القرآن فى مثل قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَآءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً﴾ ،قال القرطبى: وقال أبو موسى الأشعرى فى قوله تعالى : ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَآءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ . السفهاء هنا: كل من يستحق الحجر، وهذا جامع[1].

وقوله تعالى : ﴿فَإن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: آية ١٨٦]، ففى الآية تسوية بين السفيه وبين الضعيف، وهو مدخول العقل ناقص الفطنة، وبين العاجز عن الإملاء إما لعتهه أو لخرسه أو لجهله بأداء الكلام.

ومن السنة ما روى أن الرسول باع على معاذ أرضه بسبب ديون كثيرة، وقضى له من ثمنها دينه.

ويثبت الحجر بحكم القاضى، لتوفر سبب من أسبابه، وبموجبه يصدر القاضى قراراً بتعيين قيم يتولى شئون المحجور عليه.

وتصرف المحجور عليه للجنون أو العته بعد تسجيل الحجر باطلة، وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة مادامت حالة الجنون أو العته غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلاً.

١- الجامع لأحكام القرآن، جـ ٥، تفسير الآية رقم ٥ من سورة النساء.

جـ - المساعدة القضائية

المساعدة القضائية: هى معاونة لمن تقررت له المساعدة، بحيث يشترك معه فى بعض أوجه التصرفات المالية بغرض رعاية المال، وتتقرر المساعدة القضائية للشخص كامل الأهلية المصاب ببعض العاهات أو لمن قامت به حالة مرضية تجعله فى حالة عجز جسمانى شديد على النحو الذى يسلبه القدرة على التصرف فى ماله تصرفاً كاملاً.

إن تقرير المساعدة القضائية على من أصيب بعاهتين من العاهات الثلاثة وهى الصم والبكم، أو العمى والصمم أو العمى والبكم، أو من نزل به عجز جسمانى شديد، يجد سنده فى النصوص التى أوردناها استدلالاً على الحجر؛ لأن الأصم الأبكم، أو الأعمى الأصم أو الأعمى الأبكم، وكذا من يعانى من عجز جسمانى شديد، هو ضعيف بالقياس القرآنى فى نص قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ ذلك أن حالة من تقررت لهم المساعدة القضائية هى من الضعف بمكان أسوء من حالة السفيه إذ يتعذر عليه التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً، ومن هنا أجاز المشرع للقاضى أن يعين مساعداً قضائياً لمن أصيب بعاهتين من العاهات الثلاث المذكورة، أو لمن أصيب بعجز جسمانى شديد، وتتحدد مهمة المساعد القضائى فى معاونة هؤلاء المذكورين، بقرار قضائى ومن ثم فإن هذا المساعد لا يعتبر ولياً على من عين مساعداً له ولا وصياً عليه ولا وكيلاً عنه بل هو مشارك له وقسيمه فى التصرف فى ماله، وفقاً للأصل العام.

د- الغيبة:

هى غياب الشخص عن بلده الذى يقيم فيه، وهذا التعميم للغياب يشمل الغائب المفقود، والغائب غير المفقود، وقد حدد الفقه مهمة الوكيل عن الغائب الذى يعينه القاضى بأن عليه أن يحفظ للمفقود

ماله ويقوم عليه؛ لأن القاضى نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر بنفسه وله فى هذا الصدد بيع ماله الذى يتوجب بيعه، بأن كان يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه له، وينفق على زوجته وأولاده منه، واختلف فقهاء الحنفية فى بيع الأب المال المنقول لابنه الغائب لسداد نفقة عليه من غير إذن القاضى، فقال أبو حنيفة: له أن يبيعه من غير أمر القاضى، وقال الصاحبان ليس له ذلك إلا بإذن القاضى أما بيع الأب عقار الغائب فى النفقة بدون أمر القاضى، فاتفق الإمام وصاحباه على عدم جوازه[1].

ويتعين على المحكمة أن تقيم وكيلا عن الغائب كامل الأهلية، متى انقضت على غيبته سنة أو أكثر، إذا كان مفقودا، أو إذا لم يكن له محل إقامة معلوم، أو كان له محل إقامة معلوم واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى إدارتها.

وبذلك يتبين المعيار الذى على أساسه أقام القانون الوكالة عن الغائب وهو الغياب مدة معينة، وعدم القدرة على إدارة المال.

وتنتهى مهمة وكيل الغائب بانتهاء الغيبة أو بالعلم بمحل إقامة الغائب أو باستطاعته إدارة شئونه بنفسه أو بالإشراف على النائب الذى يدير أمواله، أو بصدور حكم من المحكمة بموته، وبانتهاء الغيبة تنتهى معها الآثار التى ترتبت عليها.

شرح المادة

بموجب ما تنص عليه المادة (٣٢) تلتزم النيابة العامة بالقيد فى سجل خاص طلبات الحجر والمساعدة القضائية، واستمرار الولاية أو الحد منها أو وقفها وكذا ألزمت المادة النيابة بالقيد فى السجل الخاص سلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه والحد منه، وإثبات الغيبة أو الحد

١- بدائع الصنائع للكاسانى، جـ ٦، ص ١٩٧.

من سلطة وكيل الغائب، ومنع المطلوب الحجر عليه من التصرف أو سلب ولايته عن التصرف فى المال أو تقييد حريته فيه.

وبقيد هذه الطلبات التى عددتها المادة فى سجل خاص يفترض معه علم الغير المتعامل مع من قدم الطلب ضده، يستفيد منه الغير حسن النية دون سيئ النية، وهذا الإجراء الذى نص عليه المشرع يغنى عن اللجوء إلى قاضى الأمور الوقتية الذى نص عليه فى المواد (١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨) من الكتاب الرابع الملغى من قانون المرافعات، ويظل هذا الإجراء بالقيد فى السجل المعد لهذا الغرض موقوفا، لا يرتب آثاره إلا بعد إجابة محكمة الأحوال للطلبين، لكن إجابة المحكمة للطب لا يعتبر منشئا للطلب من العدم وإنما كاشفا عنه، بحسبانه موجودا قبل إجابة المحكمة له وموافقتها عليه.

ونظرا لأن النيابة العامة هى الجهة القائمة على أمر قيد هذه الطلبات فى سجل خاص، فقد أناط المشرع بها شطب هذا القيد؛ لأن من يملك الإنشاء يملك الإلغاء، وذلك متى قضى نهائيا برفض الطلب وعدم الاستجابة إليه، وينظم وزير العدل إجراءات القيد والشطب، بموجب قراره الذى أصدره فى هذا الشأن، وهو القرار رقم ١٠٩٠ لسنة ٢٠٠٠.

تطبيقات قضائية

السفه فى قضاء النقض، هو تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا، وهو فكرة معيارية تبنى بوجه عام على إساءة استعمال الحقوق، ومن ضوابطه أنه خفة تعترى الإنسان فتحمله على التصرف خلافا لمقتضى العقل والشرع، وكان من مقتضيات السفه طبقا لذلك أن يتوفر لدى السفيه شهوة إتلاف المال نتيجة شذوذ

في طباعه، فتضعف هذه الشهوة من إرادته حتى ينساق إلى التصرفات غير عابئ بما قد يترتب عليها من خسارة.

نقض ٤١/٤٢ ق ، في ١٩٧٥/٢/١٢

لما كان الحجر في ذاته حدا من الحدود يجب أن تدرأ بالشبهات، وكان الحكم قد استخلص لأسباب مؤدية، أن تصرفات المطلوب الحجر عليه للسفه في مجموعها مبررة، ولا خروج فيها على مألوف العرف ولا مخالفة فيها لمقتضى العقل والشرع، فإن ذلك تقدير موضوعي ينأى عن رقابة محكمة النقض، ويكون النعي على الحكم بالمجادلة في تعليل تلك التصرفات وتبريرها أو مناقضة جزئياتها وتفاصيلها مهما اختلفت الأنظار إليها، هذا النعي يكون على غير أساس، ذلك أن دعوى الحجر ليست دعوى محاسبة تتسع لمثل هذه المجادلة.

نقض ٢٥/٦ ق ، في ١٩٥٦/١/١٩

العته يعدم إرادة من يصاب به. فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته، ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له، كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضي، وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه.

نقض رقم ١٨/٥٣ ق ن في ١٩٤٩/١٢/٢٩

الوكيل عن المفقود ينتصب خصما في دعوى موته

٤٥/٢٠٠ مغاغة في ١٩٤٦/٣/٢٧

المنصوص عليه شرعا أن الغيبة كالإعسار فى وجوب النفقة على الأبعد.

٢٥٠١/٤٦ الزقازيق، فى ١٩٤٨/٣/١٧

إذا كان غياب المفقود فى حالة لا يغلب معها هلاكه، ثم توفرت لدى القاضى مظان وفاته وسعه أن يحكم بموته، ويقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم.

لا يعتبر المفقود ميتا إلا بعد حكم القاضى بموته

٢٠٠/٤٥ مغاغة ، فى ١٩٤٦/٣/٢٥

المـادة (٣٣)

على النيابة العامة بمجرد ورود التبليغ إليـها وفقا لأحكـام هـذا القانون أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب، وأن تحصر مؤقتا مالهم من أموال ثابتة أو منقولة أو حقوق، وما عليهم من التزامات فى محضر يوقع عليه ذووا الشأن.

وللنيابة العامة أن تتخذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية اللازمـة للمحافظة على هذه الأموال، وأن تأمر بوضع الأختام عليـها، ولهـا بنـاء على أمر صادر من قاضى الأمور الوقتية، أن تنقل النقود والأوراق الماليـة والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين.

وللنيابة العامـة عنـد الاقتضـاء أن تـأذن لوصـى التركـة أو منفـذ الوصية أو مديرها إن وجد أو لأى شخص أمين آخر بالصرف على جنازة المتوفى والإنفاق على من تلزمه نفقتهم وإدارة الأعمال التى يخشى عليـها من فوات الوقت.

وللنيابة العامة أن تعدل عن أى قرار اتخذته تطبيقا لأحكام هـذه المادة.

المذكرة الإيضاحية

خولت المادة (٣٣) من المشروع المقابلة للمـادة (٩٨٤) مـن قـانون المرافعات، النيابة العامة سلطة اتخـاذ الإجـراءات الوقتيـة أو التحفظيـة اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديم الأهلية أو ناقصـها أو الغائب، وحصر ما لهم من أموال ثابتة أو منقولة أو حقوق وما عليـهم من التزامات، وحلت فى ذلك محل قاضى الأمور الوقتية ضمانـا لسـرعة

الإجراء وحماية المقصود بالرعاية وأناط النص بوزير العدل إصدار قرار بالإجراءات الواجبة الاتباع فى هذا الشأن.

النص المقابل للمادة (٣٣) هو المادة (٩٨٤) من الكتاب الرابع الملغى فى قانون المرافعات، ونصها:

على النيابة بمجرد ورود التبليغ عن الوفاة المنصوص عليها فى المادة (٩٧٩) أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديمى الأهلية أو الغائبين، بأن تحصر مؤقتا ما لهم من الأموال الثابتة أو المنقولة، وما عليهم من التزامات فى محضر يوقع عليه ذوى الشأن، ولها أن تأمر بوضع الأختام على كل أو بعض الأموال وفقا للإجراءات المنصوص عنيها فى المواد ٩٥٥ وما بعدها.

ولها – بناء على أمر يصدر من قاضى الأمور الوقتية – أن تنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين.

ولها – عند الاقتضاء – أن تأذن وصى التركة أو منفذ الوصية أو مديرها إن وجد أو أى شخص أمين آخر بالصرف على جنازة المتوفى والإنفاق على من تلزمه نفقتهم وإدارة الأعمال التى يخشى عليها من فوات الوقت.

شرح المادة

استمرارا مع نهج المشرع فى الحفاظ على مصالح الفئات الضعيفة التى بحاجة إلى الرعاية، وتأمين الحياة لأفرادها، وصيانة أموالهم وممتلكاتهم، ألزم القانون النيابة بأن تتخذ الإجراءات التى تتطلبها ظروف الوقت أو الإجراءات الوقائية التى من شأنها المحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديم الأهلية أو ناقص الأهلية أو الغائب، على

اعتبار أن هؤلاء الأشخاص فى مسيس الحاجة إلى مـن يراعـى أموالهـم، ويقوم على شئونهم، فإن كلا منهم أضعف مـن أن يقـوم بشـئون نفسـه، فضلا عن صيانة أموالهم، والحيلولة بينها وبـين الضيـاع، لذلـك تطلـب الأمر تدخل المشرع لحماية أموالهم، وذلك بتكليف النيابة العامة المثلـة للمجتمع فى رعاية مصالح هـذه الفئـات، بحصـر مـا لديـهم مـن أمـوال منقولة أو عقارية، وضمان ما لهم من حقوق تجـاه الآخريـن والوفـاء بمـا عليهم من التزامات.

وقد اعترف المشرع الإسلامى بأهمية رعاية مصـالح هـذه الفئـات الضعيفة، بقوله تعالى: ﴿وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذريـة ضعافـا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا﴾ [النساء: آية٩] فقـد قـرن النص تقوى الله بالقول السديد، الذى يعضده الفعل الرشـيد مـن جـانب السلطة القائمـة علـى مصـالح الضعفـاء فـى المجتمـع، وعلـى هـدى مـن القاعدة الفقهية: الإمام ولى من لا ولى له" وقد أوكل المشرع هذه المهمة إلى النيابة العامة، وحدد لها ما ينبغـى اتخـاذه مـن إجـراءات علـى النحـو الذى بينته المادة.

وقد كان هذا التكليف للنيابـة العامـة، ضمانـا لسـرعة الإجـراء، والتعامل مع الموقف بما يقتضيه الحال، توصلا إلى تحقيق مصلحـــة هـذه الفئات، وفى هذا الصدد خولـت المـادة للنيابـة أن تلجـأ لقـاضى الأمـور الوقتية، ليصدر قراره بنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها من الأصول المالية، مما يخشى عليـه مـن التبديـد والضيـاع، إلى خزانة أحد المصارف أو لإيداعها فى مكان أمين.

كذلك، فقد خول المشرع النيابة العامة، متى اقتضى الأمر ذلـك، أن تعهد للوصى على التركة أو القائم علـى تنفيـذ الوصيـة أو المنـوط بـه إدارتها أو لشخص أمـين ثقـة بـأن يقـوم بـالصرف علـى جنـازة المتوفـى

والإنفاق على ذريته من الأهل والأقارب الذين تجب عليهم نفقتهم، وتكليف النيابة لأى من هؤلاء بالقيام على إدارة الأعمال التى يخشى عليها من فوات الوقت، التى تتطلبها الظروف الآنية.

واختصاص النيابة العامة اختصاص أصيل فى اتخاذ هذه الإجراءات، وهى بديل عن قاضى الأمور الوقتية، لكونها أكثر سرعة، وأوفر دراية بمصالح هذه الفئات، وهى تعرض على قاضى الأمور الوقتية ما تخشى عليه من النقود السائلة، والأوراق المالية، لنقلها وإيداعها فى مكان أمين، يصونها من الضياع والتبديد.

وإعمالا لمقتضيات المصلحة، واستجابة لدواعى الحفاظ على أموال وحقوق هذه الفئات، أجاز المشرع للنيابة العامة العدول عن أى قرار اتخذته وفقا لما نصت عليه هذه المادة، انطلاقا من أنه حيث تكون المصلحة، فهناك الإجراء المناسب الذى ينبغى تحقيقها، وينشد الوصول إليها.

تطبيقات قضائية

جرى القضاء على جواز تقدير نفقة للحمل بعد انفصاله.

دعوى رقم ٤٦/٣٧٤٦، س ك مصر فى ١٩٤٨/٤/١٩

وردت النصوص الفقهية فى أن الحمل يولى عليه إذا كان محقق الوجود، فتجوز الوصية بما فى بطن الجارية والوصية له، ويجوز الوصاية عليه لكن لا يثبت حكمها إلا بعد الانفصال.

دعوى رقم ٤٦/٣٧٤٦ س ك مصر، فى ١٩٤٨/٤/١٩

المادة (٣٤)

للنيابة العامة بناء على إذن مسبب من القاضى الجزئى دخول المساكن والأماكن اللازم دخولها لاتخاذ الإجراءات التحفظية المنصوص عليها فى هذا القانون – ولها أن تندب لذلك – بأمر مسبب يحدد فيه المسكن أو المكان – أحد مأمورى الضبط القضائى.

المذكرة الإيضاحية

وحتى تتمكن النيابة العامة من اتخاذ الإجراءات التحفظية المنصوص عليها فى المادة (٣٣) من المشروع، أو التى تأمر بها المحكمة وفقا للمادة (٣٩) منه، أجازت المادة (٣٤) المقابلة للمادة (٩٩٥) من قانون المرافعات للنيابة العامة دخول المساكن والأماكن اللازم دخولها لاتخاذ تلك الإجراءات، على أن يكون ذلك بأمر مسبب من القاضى الجزئى إذا كان المسكن أو المكان فى حيازة الغير، ما لم يكن الأمر متعلقا بجريمة إخفاء أموال المعنى بالحماية المنصوص عليها فى المادة (٣٢) من المشروع، إذ أن دخول النيابة فى هذه الحالة يعد إجراء من إجراءات التحقيق الجنائى لا يحتاج إلى الحصول على إذن مسبق، وفى جميع الأحوال يجوز للنيابة العامة أن تندب أحد مأمورى الضبط القضائى بموجب أمر مسبب يحدد فيه المسكن أو المكان اللازم دخوله لاتخاذ الإجراءات التحفظية المشار إليها.

النص المقابل

هو نص المادة (٩٩٥) الملغى من قانون المرافعات:

للنيابة العامة الحق فى دخول مسكن المتوفى أو المطلوب الحجر عليه أو الغائب والأماكن التى فى حيازتهم، وكذلك مسكن الغير ممن

تنطبق عليهم المادة السابقة والأماكن التى فى حيازتهم لاتخاذ الإجراءات التحفظية التى يجيزها القانون.

شــرح المــادة

فى إطار الصلاحيات المنوطة بالنيابة العامــة لاتخـاذ الإجـراءات الوقتية والتحفظية المكلفة بالقيام بها، أجازت المادة لها دخـول المسـاكن والأماكن التى يتطلب دخولها من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على أموال وحقوق الفئات المذكورة فى المـادة (٣٣) مـن المشـروع شـريطة الحصول على إذن مسبب من المحكمة الجزئية، رعاية للحرمات المقررة التى تقتضى حظر دخوله المسكن أو المكان الذى فى حيازة الغير.

وبالنظر إلى الأعباء الملقاة على عاتق النيابـة العامـة فقـد أجـازت المادة لها أن تندب أحد مأمورى الضبـط القضـائى بمقتضـى أمـر مسبب يحدد فيه المسكن أو المكان المطلوب دخوله من أجـل اتخـاذ الإجـراءات اللازمـة لحمايـة الأمـوال والحقـوق للفئـات المنصوص عليـها فـى المـادة السابقة.

وهذا القيد الذى فرضته المادة على دخول النيابـة مسـكن الغـير، لاتخاذ أى من الإجراءات التحفظيــة لا يخـل بحـق النيابـة العامـة فـى دخولى مسكن الغير كإجراء مــن إجـراءات التحقيـق الجنـائى لا يتطلـب الحصول على إذن مسبق، كما فى حالة إخفاء مال منقول مملـوك لعديـم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو أحـد مـن المشـمولين بالحمايـة فـى هـذا القانون، بقصد حرمانه منه، أو سلب إياه حيث نص المشرع على عقاب كل من أخفى منقولا مملوكا لعديم الأهلية أو الغائب بقصد الإضرار به.

المـادة (٣٥)

لا يلزم إتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المـادتين السـابقتين إذا لم يتجاوز مال المطلوب حمايته ثلاثة آلاف جنيه، تتعدد بتعددهـم، وفى هذه الحالة تسلم النيابة العامة المال إلى من يقوم على شئونه مـا لم تر النيابة العامة إتباع الإجراءات المشار إليها بالضوابط والأوضاع المقـدرة بهاتين المادتين.

المذكرة الإيضاحية

وتحقيقـا للتـوازن بـين ضـرورة حمايـة أمـوال المعنـى بالحمايـة بتخويـل النيابـة العامـة سـلطة اتخـاذ الإجـراءات التحفظيـة اللازمـة للمحافظة عليها على نحو ما ورد بالمادتين (٣٣، ٣٤) من المشروع، وبين عدم جـدوى اتخـاذ هـذه الإجـراءات إذا كـانت الأمـوال قليلـة القيمـة، أجـازت المـادة (٣٥) مـن المشـروع المقابلـة للمـادة (٩٨٧) مـن قـانون المرافعـات، للنيابـة العامـة عـدم اتخـاذ هـذه الإجـراءات إذا كـان مـال المطلـوب حمايتـه لا يتجـاوز ثلاثـة آلاف جنيـه تتعـدد بتعـدد المطلـوب حمايتهم وفي هذه الحالة تسلم النيابة العامة الأموال إلى مـن يقـوم علـى شئونه ما لم تر – لأسباب تقدرها – إتباع الإجراءات المشار إليها.

النص المقابل

جاء نص المادة (٩٨٧) الملغى من قانون المرافعات بقوله: لا تتبع الإجراءات المنصوص عليها فى المادة السابقة إذا لم يتجاوز مال الشخص المطلوب حمايته خمسمائة جنيه أو ألف جنيه فى حالة التعـدد، إلا إذا دعت الضرورة لذلك، ويكتفى بتسليم المال لمن يقوم على شئونه.

فإذا جاوزت قيمة المال هذا القدر فيما بعـد اتخـذت الإجـراءات المذكورة.

شــرح المـــادة

أعفـى نـص المـادة (٣٥) النيابـة العامـة مـن اتخـاذ الإجـراءات الوقائية والتحفظية اللازمة للمحافظة على حقوق الحمل المستكن أو عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب المنصـوص عليـها فـى المـادة (٣٣) ومـا قـد يتطلبه ذلك من ضرورة حصولها على إذن مسـبب مـن القـاضى الجزئـى لدخول المساكن والأماكن التى يلزم دخولهـا لاتخـاذ الإجـراءات الوقتيـة والتحفظية، بحسب ما نصت عليه المادة (٣٤)، فــى حالـة مـا إذا كـان مال هذه الفئات المطلوب حمايته لا يزيد عن ثلاثة آلاف جنيه، ويتعـدد المبلغ بتعددهم بمعنى أن هذا المبلغ يكون بالنسبة للشخص الواحد.

ومفهوم ذلك أنه إذا كان مال المطلوب حمايته ثلاثة آلاف جنيـه فأقل، فإن للنيابة العامة أن تسـلم هـذا المـال إلى مـن يقـوم علـى شئون المشمول بالحماية ليتولى حفظه ورعايته، فــإذا تـراءى للنيابـة العامـة أن مال المطلوب حمايته لا يتجاوز ثلاثة آلاف جنيه، إلا أن المصلحة ترجح إتباع الإجراءات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين، كان لها سـلوك هذه الإجراءات بالضوابط والأوضاع المذكورة فيهما، وتتمثل هذه المصلحـة فى حفظ المال، وحسن إدارته؛ لأن هذا هو الهدف من الدور الذى أناطه المشرع بالنيابة العامة فى مواد الولاية على المال، ولأنه المطلوب من إتباع هذه الإجراءات.

المادة (٣٦)

يرفع الطلب إلى المحكمة المختصة من النيابة العامة أو ذوى الشأن، وفى الحالة الأخيرة، يجب أن يشتمل الطلب المرفوع على البيانات التى يتطلبها قانون المرافعات فى صحيفة الدعوى، وأن يرفق به المستندات المؤيدة له، وعلى المحكمة أن تحيله إلى النيابة العامة لإبداء ملاحظتها عليه كتابة خلال ميعاد تحدده لذلك.

وتقوم النيابة العامة – فيما لا تختص بإصدار أمر فيه – بتحديد جلسة أمام المحكمة لنظر الطلب مشفوعا بما أجرته من تحقيقات، وما انتهت إليه من رأى، وإعلان من لم ينبه عليه أمامها من ذوى الشأن بالجلسة، وللمحكمة أن تندب النيابة العامة لمباشرة أى إجراء من إجراءات التحقيق الذى تأمر به.

المذكرة الإيضاحية

ونظمت المادة (٣٦) من المشروع المقابلة للمواد (٨٦٩، ٨٧٠، ٨٩٨) من قانون المرافعات – طريق رفع الطلب إلى المحكمة فى مسائل الولاية على المال – سواء من النيابة العامة أو من ذوى الشأن – فيرفع الطلب من النيابة العامة فيما لا تختص بإصدار أمر فيه بتحديد جلسة أمام المحكمة لنظره، وإعلان من لم ينبه عليه بالحضور أمامها ن ذوى الشأن بالجلسة، ويتعين أن يرفق بالطلب التحقيقات التى أجرتها النيابة العامة، ومذكرة بما انتهت إليه من رأى، وإن كان الطلب مرفوعا من ذوى الشأن، فيتعين أن يشتمل على البيانات التى يتطلبها قانون المرافعات فى صحيفة الدعوى، وفقا لنص المادة (٦٣) من قانون المرافعات، وأن يرفق به المستندات المؤيدة له، ضمانا لجدية الطلب، وحرصا على سرعة الفصل فيه، وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة أن

تحيل الطلب إلى النيابة العامة لإبداء ملاحظاتها عليه كتابة خلال ميعاد تحدده لذلك، وفى جميع الأحوال يجوز للمحكمة أن تندب النيابة العامة لمباشرة أى إجراء من إجراءات التحقيق الذى تأمر به.

النصوص المقابلة

هى نصوص المواد (٨٦٩، ٨٧٠، ٩٩٨) الملغاة من قانون المرافعات بالمادة (٣٦).

المادة (٨٦٩): يرفع الطلب إلى المحكمة بعريضة تودع قلم الكتاب تشمل فضلا عن البيانات المنصوص عليها فى المادة (٩) بيانا كافيا لموضوع الطلب، والأسباب التى يستند إليها، وأن يشفع بالمستندات التى تؤيده، وأوراق التحقيق الذى أجرته النيابة فيه، إذا كان الطلب مقدما منها.

المادة (٨٧٠): يحدد رئيس المحكمة أو قاضى محكمة المواد الجزئية جلسة لنظر الطلب أمام المحكمة، ويعين الأشخاص الذين يدعون إليها، ويعلن قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور، ويجب أن تشتمل الورقة على ملخص الطلب.

المادة (٩٩٨): يرفع الطلب من النيابة أو ذوى الشأن، وإذا كان الطلب مقدما من ذوى الشأن يحيله رئيس المحكمة أو قاضى محكمة المواد الجزئية إلى النيابة العامة لإبداء ملاحظاتها عليه كتابة فى ميعاد يحدده لذلك.

ولرئيس المحكمة أو قاضى محكمة المواد الجزئية – على حسب الأحوال بعد رفع الطلب إليه – أن يأمر بما يراه لازما من إجراءات التحقيق، كما أن له أن يأمر باتخاذ ما يراه من الإجراءات الوقتية أو التحفظية.

ويجوز للمحكمة أن تندب النيابة العامة لمباشرة بعض إجراءات التحقيق الذى تأمر به.

شرح المادة

يعالج نص المادة (٣٦) الجهة والكيفية التى ترفع بها الطلبات فى مواد الولاية على المال، فترفع الطلبات من النيابة العامة، باعتبارها الجهة التى خولها المشرع القيام على شئون المولى عليهم، ورعاية مصالحهم، واختصاصها فى هذا النطاق اختصاص أصيل، ودورها فعال وملموس فى كل مناحى الرعاية والقيام على مصالح المولى عليهم فى العديد من مواد هذا القانون وترفع النيابة العامة الطلبات فى مواد الولاية على المال أمام المحكمة المختصة، إذا كان الطلب لا يندرج ضمن الطلبات التى لها الولاية عليها بإصدار الأوامر بشأنها، فيكون الطلب - من ثم - خارجا عن اختصاصها ومتجاوزا نطاق ولايتها-ذ ويتضمن الطلب الذى ترفعه النيابة العامة أمام المحكمة المختصة التحقيقات التى أجرتها بشأنه وأقوال ذوى الشأن، مع تقديم مذكرة برأيها فى المسألة المعروضة على المحكمة، كما تتولى إعلان الأشخاص من ذوى الشأن بالحضور أمام المحكمة، بالنسبة لمن لم ينبه عليهم بالحضور أمامها، فى ميعاد الجلسة التى حددتها لنظر الطلب.

ومن ناحية أخرى، فقد يرفع الطلب من ذوى الشأن أصحاب المصلحة فى نظر الطلب، أمام المحكمة المختصة، وغندئذ فإن هذا الطلب ينبغى أن يشتمل على البيانات المتطلبة فى صحيفة الدعوى طبقا لنص المادة (٦٣) من قانون المرافعات، وهى:

١- اسم المدعى ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته أو وظيفته وصفته وموطنه.

٢- اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه، فإن لم يكن موطنه معلوما فآخر موطن كان له.

٣- تاريخ تقديم الصحيفة.

٤- المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى.

٥- بيان موطن مختار للمدعى فى البلدة التى بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها.

٦- وقائع الدعوى وطلبات المدعى وأسانيدها.

وبجانب هذه البيانات، يرفق ذوى الشأن بالطلب المستندات المؤيدة لطلبه، دلالة على الجدية ومدعوما بالأدلة المؤيدة له، وفى هذه الحالة يتوجب على المحكمة المرفوع أمامها الطلب إحالة الطلب إلى النيابة العامة، لإبداء ملاحظاتها عليه كتابة، خلال مدة معينة تحددها المحكمة للنيابة، حتى يتيسر للمحكمة أن تضطلع على الجوانب المتعلقة بالطلب وتصدر قرارها فيه بالسرعة والحسم المطلوبين.

ولما كانت صلة النيابة العامة بالمولى عليهم فى مواد الولاية على المال، صلة وثيقة فى كافة مراحل هذه الولاية، فإن المشرع خول للمحكمة ندب النيابة العامة لمباشرة أى إجراء تحقيقى يساعدها على أن تستجلى الحقيقة، وتتعرف جوانب الموضوع؛ لأنها الجهة المنوط بها التحقيق، بحسبانها سلطة تحقيق فى المقام الأول، وهى تمارس هذه الإجراءات بهذه الصفة، وليس بوصفها سلطة إتهام، وتستهدف من وراء اتخاذ هذه الإجراءات ذات الطبيعة الوقائية والتحفظية فى الغالب، إلى تحقيق مصلحة المشمول بالرعاية.

المادة (٣٧)

للمحكمة وللنيابة العامة أن تدعو من ترى فائدة من سماع أقواله في كل تحقيق تجريه، فإن تخلف عن الحضور بالجلسة المحددة أو امتنع عن الإدلاء بأقواله دون مبرر قانوني، جاز الحكم عليه بغرامة لا تجاوز مائة جنيه، فإذا لم يحضر جاز للمحكمة وللنيابة العامة أن تأمر بإحضاره.

وللمحكمة أن تقبل المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا أبدى عذراً مقبولاً.

المذكرة الإيضاحية

وعملاً على سرعة الفصل في الطلب، أجازت المادة (٣٧) من المشروع المقابلة للمواد (٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٩، ١٠٠، ١٠١) من قانون المرافعات للمحكمة وللنيابة العامة دعوة من ترى فائدة من سماع أقواله في كل تحقيق تجريه، فإذا تخلف عن الحضور بالجلسة المحددة أو امتنع عن الإدلاء بأقواله دون مبرر قانوني، جاز الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه، فإن لم يحضر جاز للمحكمة وللنيابة العامة أن تأمر بإحضاره وفي جميع الأحوال للمحكمة أن تقيله من كل أو بعض الغرامة إذا أبدى عذراً مقبولاً.

شرح المادة

إن تحري الحقيقة، واستجلائها، فضلاً عن الوصول إليها يستدعي إجراء تحقيق في المسألة المعروضة على النيابة والمحكمة، وفي سبيل إجراء هذا التحقيق تدعو النيابة والمحكمة على حسب الأحوال ذوي الشأن ممن ترى فائدة من سماع أقواله، أو الإدلاء ببيانات أو معلومات عن المسألة، ويشمل ذوو الشأن الأقارب والأصهار وأصدقاء

الأسرة، أو كل شخص ترى النيابة والمحكمة فائدة من سماع أقواله، وينبغي أن يحضر من يدعى لسماع أقواله فى الموعد المحدد، الذى عينته له النيابة والمحكمة، كما نصت على ذلك المادة (٩٩٦، ٩٩٩) الملغيان بهذه المادة، فإذا تخلف أى من ذوى الشأن عن الحضور أو امتنع عن الإدلاء بأقواله أو بيان ما لديه من معلومات دون سند قانونى يقتضيه، جاز الحكم عليه بغرامة لا تزيد عن مائة جنيه كما نصت على ذلك المادة (١٠٠٠) الملغاة من قانون المرافعات.

أما إذا لم يحضر من كلفته النيابة أو المحكمة بالحضور، جاز للنيابة العامة أن تصدر أمرها بإحضاره للإدلاء بأقواله.

ولما كانت الغرامة جزاء على من تخلف عن الحضور أمام النيابة أو المحكمة أو امتنع عن الإدلاء بأقواله وأداء شهادته دون مبرر قانونى يسوغ له هذا التخلف أو الامتناع، فإن للمحكمة أن تعفيه من دفع الغرامة جميعها أو جزء منها، إذا ساق عذراً مقبولاً أمام المحكمة، كذلك الحكم إذا حضر من تخلف عن الحضور، فإن للمحكمة أن تقيله من الغرامة، متى أبرز عذراً قبلته المحكمة؛ لأنه بتقديم هذا العذر، وقبول المحكمة له، يكون قد برهن على حسن نيته وسلامة موقفه، واحترامه لداعى العدالة.

المادة (٣٨)

إذا رأت النيابة العامة أن طلب توقيع الحجر أو سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو إثبات الغيبة يقتضى اتخاذ إجراءات تحقيق تستغرق فترة من الزمن يخشى خلالها من ضياع حق أو مال، رفعت الأمر للمحكمة لتأذن باتخاذ ما تراه من إجراءات تحفظية أو لتأمر بمنع المقدم ضده الطلب من التصرف فى الأموال كلها أو بعضها أو تقييد سلطته فى إدارتها أو تعيين مدير مؤقت يتولى إدارة تلك الأموال.

المذكرة الإيضاحية:

ونظراً لطبيعة طلبات الحجر وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو إثبات الغيبة، إذ أنها لا تخلو فى الغالب من نزاع، كما وأن اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على الأموال فى هذه الحالات، ينطوى على مساس بالأشخاص وتعطيل لسير أعمالهم، فقد ألزمت المادة (٣٨) من المشروع، المقابلة للمادة (٩٨٥) من قانون المرافعات النيابة العامة أن ترفع الأمر بشأنها للمحكمة لتأذن باتخاذ ما تراه من الإجراءات التحفظية أو تأمر بمنع المقدم ضده الطلب من التصرف فى الأموال كلها أو بعضها أو تقييد سلطته فى إدارتها أو تعيين مدير مؤقت يتولى إدارتها، وذلك كله إذا رأت النيابة العامة أن الطلب يقتضى اتخاذ إجراءات تحقيق تستغرق فترة من الزمن يخشى خلالها من ضياع حق أو مال.

النص المقابل

هو نص المادة (٩٨٥) الملغى من قانون المرافعات:

إذا رأت النيابة العامة أن طلب الحجر أو سلب الولاية أو وقفها أو إثبات الغيبة يقتضى اتخاذ إجراءات تحقيق تستغرق فترة من الزمن،

يخشى خلالها من ضياع حق أو تصرف فى الأموال فعليها أن ترفع الأمر إلى المحكمة لتأذن باتخاذ أى إجراء من الإجراءات التحفظية السابقة أو تنظر فى منع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته أو وقفها أو الحد منها أو فى منع الوكيل عن الشخص المدعى بغيبته من التصرف أو تقييد حريته فيه، وتعيين مدير مؤقت يتولى إدارة أموال المطلوب الحجر عليه أو القاصر أو الغائب، وعند الاقتضاء للمحكمة أن تأمر باتخاذ أكثر من إجراء واحد من هذه الإجراءات.

فقه المصطلحات

توقيع الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه، واجب باتفاق الفقهاء، للحفاظ على مال المذكورين، والقيام بمصالحهم، ولابد عند توقيع هذا الحجر من صدور حكم قضائي؛ لأنه استثناء على الأصل الشرعي، وهو أحقية الشخص وحريته في التصرف فى أمواله، وإدارة أملاكه، ويجوز توقيع الحجر فى حالات السفه والغفلة والدين، لاختلاف الفقهاء فى الحجر بشأنها، وقد سبق التنويه إلى ذلك.

ويشترط الفقه الأمانة فى الولى؛ لأنها معيار الولاية، وعنوان الصلاح فى التصرف فى المال، والأمانة مفترضة فى الأب والجد لوفور شفقتهما، فإذا ثبت عدم أمانتهما نزعت ولايتهما، ونصب القاضى ولياً آخر تتوافر فيه الأمانة، والصلاحية لحسن إدارة المال والتصرف فيه.

يقول السمرقندى: ثم للقاضى أن يعزل وصى الميت، إذا كان فاسقاً، غير مأمون على التركة، وإن كان ثقة لكنه ضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه، فإن القاضي يضم إليه غيره، ولا يعزله، لاعتماد الوصى عليه لأمانته، فيحصل الغرض بهما[1].

1- تحفة الفقهاء، جـ ٣، ص ٣٦٧.

وفى جامع الفصولين: ثم إن كان الوصى عدلاً أميناً كافياً لا ينبغى للحاكم أن يعزله؛ لأنه ليس له ولاية الحجر على العدل الرشيد، خصوصاً إذا قام مقام الأب الرشيد[1].

والضابط العام لتصرف الولى أو الوصى فى مال القاصر أو المحجور عليه، هو مصلحة القاصر أو المحجور عليه، فإنه من المقرر شرعاً أن تصرفات الأب إذا لم تحقق مصلحة القاصر أو كان فيها ضرر، فإنها واجبة الرد وأن على القاضى بماله من الولاية العامة أن يتدخل ويبطل هذه التصرفات الضارة ضرراً فاحشاً، وما ينطبق على الأب ينطبق على الجد، وبالضرورة يسرى على الوصى؛ لأنه معين من قبلهما، ولأن حرصه على المصلحة ووفور شفقته لا تبلغ نظيرتها لدى الأب أوالجد.

وإعمالاً لهذا الضابط، فقد نص المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى المادة (٢٠) على سلب الولاية

إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر، فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها، نظراً لما يمثله تصرف الولى فى هذه الحالة من مجافاة لمصلحة القاصر، ويؤدى إلى الإضرار به، وتضييع ماله.

أما بالنسبة لوقف الولاية، فقد نصت المادة (٢١): تحكم المحكمة وقف الولاية إذا اعتبر الولى غائباً أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جنائية أو بالجبس مدة تزيد على سنة، .ووقف الولاية فى الحالتين يكون بسبب الحيلولة بين الولى وبين إدارة أموال القاصر، والتصرف فيها بما تقتضيه المصلحة، لا فرق فى ذلك بين أن يكون السبب بإرادته أو

---

[1]- هامش جامع الفصولين، جـ ٢، ص ٣٥٥.

رغماً عنه، فقد تكون الغيبة بإرادته أو بغير إرادته، بينما يكون الحبس قهراً عنه، تنفيذآ لحكم جنائي.

وفيما يتعلق بالوصاية، فإن الوصي يحكم بعزله، وسلب وصايته في حالات معينة نصت عليها المادة (٤٩) من قانون الولاية على المال، وهي:

١- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقاً للمادة (٢٧) ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه.

٢- إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطراً على مصلحة القاصر.

٣- وهناك حالة أخرى جوازية نصت عليها المادة (٨٤)، وهي:

إذا قصر الوصي في الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو أوقف تنفيذ هذه القرارات التي تصدرها المحكمة، جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه، وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات.

وبحكم بوقف الوصي، في حالتين، نصت عليهما المادة (٤٨) هما:

أ- إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر في عزله.

ب- إذا قام به عارض من العوارض التي تزيل أهليته كجنون وسفه وعته.

ويلاحظ أن الحالة الأولى غير مقصورة على سبب بعينه، مما يخول المحكمة سلطة تقديرية واسعة، كلما قام لديها سبب جاد كون عقيدة لديها بضرورة وقف الوصي، وعدم سريان تصرفاته في مال المحجور عليه، بينما الحالة الثانية تتعلق بطروء عارض من عوارض

الأهلية على الوصى ادى إلى فقدان اهليته أو نقصانها، كما فـى الجنـون والسفه والعته.

الوكيل عن الغائب:

الغائب أعم من المفقود، فقد يكـون غائبـاً معلـوم الوطـن أو غـير معلوم، وقد تكون غيبته لمدة محددة أو لمدة غير محددة، بينما المفقود هو الشخص الذى غاب عن بلده، ولا يعرف خبره أنه حى أم ميت[1].

وقد أولى الفقهاء مال الغائب أهمية الحفاظ عليه، وحسن إدارتـه ورعايته؛ لأن غيبته مظنة التفريط فى ماله وتحددت مهمة وكيل الغائب فى وجوب حفظ ماله، والقيام عليه، وقد جاءت أحكام الغائب، وحكـم التصرف فى أمواله، فى سياق كلامهم عن المفقود، بحسبانه أقوى صـور الغيبة، وأعظمها خطراً، وأعمها ضرراً على مال الغائب.

ويذهب الفقه إلى أن الغائب إذا أقام وكيـلاً عنـه يجـرى شـئونه حال غيبته، فيظل هذا الوكيل نائباً عنه، وتبقى وكالته سارية لا يجـوز تغييرها ولا إبطالهـا، أمـا إذا لم يعـين الغـائب وكيـلاً عنـه، فـإن علـى القاضى أن ينصب وكيلاً عنه، لصيانة أمواله والقيام عليها.

شـرح المـادة

تثير المسائل المتعلقة بتوقيع الحجر أو وقف الولاية أو الحد منها أو سلبها أو إثبات الغيبة على ما نصت عليه المادة، خلافات ومنازعات حول أشخاص القائمين عليها، أو طبيعة التصرفات التى تقتضى التدخل واتخاذ الإجراء المناسب، الأمر الـذى يسـفر عنـه المسـاس بالأشـخاص، وعدم سريان التصرفات، لذلك فقد كان حريـاً بالمـادة أن تخـول النيابـة العامة أن تعرض الأمر على المحكمة المختصة، لتقرر اتخاذ ما تـراه مـن

---

[1]- الكاسانى، بدائع الصنائع، جـ ٦، ص ١٩٦.

الإجراءات التحفظية اللازمـة الكفيلـة بالحفـاظ علـى الأمـوال أو لتصـدر أمرها بالمنع من التصرف فى الأموال كلها أو بعضها أو تقييد سلطته فـى إدارتـها أو وقفـها، أو تعيـين مديـر مؤقـت يتـولى إدارة مـال القــاصر أو المحجـور عليـه أو الغـائب، وذلـك لتلافـى ضيـاع أمـوال هـذه الفئــات الضعيفة، أو تفويت حق من الحقوق، التى تتـأثر مـن عـدم اتخـاذ ذلـك الإجراء، ومن ثم يكون تدخل المحكمة بناء علـى طلـب النيابـة باتخـاذ هذه الإجراءات فى التوقيت المناسب، وبالقدر المناســب، وفـى مواجهـة الأشخاص المطلوب التدخل ضدهم، ضمانـة هامـة للحفـاظ علـى الأمـوال والحقوق.

تطبيقات قضائية

وقد قضى بأن الحكم متى أقام قضاءه بسلب ولايـة جـد القصـر، على أنه لم يكن حريصاً على أموالهم بقدر حرصه على أموال بناته وعلى ماله الشخصى، ولم يقدم حساباً مؤيـداً بالمستندات، ولم يحـرر محضـر الحصر فى مدى شهرين، وأنه جاوز الثمانين مـن عمـره، وسـجل علـى نفسه عجـزه عـن الاضطـلاع بشـئون الولايـة، وأن ذلـك كلـه مـن شـأنه تعريض مال القاصر للخطر، يكون قد أسس قضاءه علـى أسـاس صحيـح من القانون[1].

مجموعة ٢٥، جـ ٣، ص ٣١٦.

المادة (٣٩)

على النيابة العامة أن تقدم للمحكمة مذكرة مسببة بمن ترشحه للنيابة عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو من ترشحه مساعداً قضائياً، وذلك خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ إبلاغها بالسبب الموجب لتعيينه.

وتعين المحكمة النائب أو المساعد القضائى بعد أخذ رأى ذوى الشأن.

المذكرة الإيضاحية

وحرصاً على أموال المعنيين بالرعاية، ألزمت المادة (٣٩) من المشروع – المقابلة للمادة (٩٨٦) من قانون المرافعات النيابة العامة بأن تقدم للمحكمة مذكرة مسببة بمن ترشحه للنيابة عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو من ترشحه مساعداً قضائياً، خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ إبلاغها بالسبب الموجب لتعيينه على النحو الوارد بالمادة (٣٣) من المشروع، ويجب على المحكمة فى هذه الحالة أن تعين النائب أو المساعد القضائى بعد أخذ رأى ذوى الشأن.

النص المقابل

هو نص المادة (٩٨٦) الملغى من قانون المرافعات:

تعين المحكمة النائب عن عديمى الأهلية أو الغائب أو المساعد القضائى لمن تقررت مساعدته بعد أخذ رأى النيابة العامة وذوى الشأن، وعلى النيابة أن تتخذ الإجراءات اللازمة لترشيح من يصلحون للنيابة من عديمى الأهلية أو الغائب أو مساعدة المطلوب مساعدته قضائياً، وأن ترفع هذا الترشيح للمحكمة خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ

الوفاة أو قرار الحجر أو المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة أو سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها.

شرح المادة

حيث إن من مهام النيابة العامة، الإشراف ومتابعة أحوال وأشخاص المشمولين بالحماية وحماية حقوق وأموال المولى عليهم من القصر والمحجور عليهم، والغائبين، فمن الطبيعي في ظل هذه المسئولية أن تتولى النيابة العامة ترشيح النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو المساعد القضائي، ويضحى هذا الترشيح واجباً، تقدم به النيابة العامة مذكرة تذكر فيها حيثيات الترشيح، وذلك خلال ثمانية أيام على الأكثر من تاريخ إبلاغها بالسبب الذى يستوجب تعيينه.

وحتى يحقق هذا التعيين للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو المساعد القضائي هدفه، في الحفاظ على الأموال والحقوق، وحسن إدارتها، فينبغي الحصول على موافقة ذوي الشأن؛ لأنهم أعرف بالمشمول بالحماية وأقدر على تفهم ظروفه، وأحرص على تحقيق مصلحته، وهي أمور تجلي الموقف للنيابة وتوفر لها الوسائل اللازمة لترشيح الشخص الأكفأ والأقدر على إدارة أموال المشمول بالرعاية، ومن ثم يكون قرار النيابة قائماً على سببه المشروع والصحيح.

المـــادة (٤٠)

تحظر النيابة العامة الوصـــى أو الوكيـل عـن الغـائب أو المسـاعد القضائى أوالمدير المؤقت بـالقرار الصـادر بتعيينـه إذا صـدر فـى غيبتـه، وعلى من يرفض التعيين إبلاغ النيابة العامة كتابة برفضه خـلال ثمانيـة أيام من تاريخ علمه بالقرار وإلا كان مسئولاً عن المـهام الموكلـة إليـه مـن تاريخ العلم.

وفى حالة الرفض تعين المحكمة بدلاً منه على وجه السرعة.

المذكرة الإيضاحية

ونظراً لخطورة الآثار التى تترتب على تعيين الوصـــى أو القيـم أو الوكيل عن الغائب أو المساعد القضائى أو المديـر المؤقـت، فقـد تعرضـت المادة (٤٠) من المشروع – المقابلة للمادة (٩٨٨) مـن قـانون المرافعـات – لكيفية إعلانه بقرار تعيينه إذا صدر فى غيبته، وكيفية إبلاغ رفضه لهذا القرار، والإجراءات الواجب إتباعها فى هـذه الحالـة، فـألزمت النيابـة العامة بإخطاره بقرار تعيينه إذا صدر فى غيبته، ويتعـين أن يكـون هـذا الإخطار على نحو رسمى، وبما يكفل اتصال علمه به، إذ سيعد مســئولاً عن المهام الموكلة إليه اعتباراً من تاريخ الإخطار، فضلاً عن أن المدة التى يجوز له فيها إعلان رفضه للقرار – ثمانية أيام – تبدأ من هذا التاريخ.
ويعد الإخطار المشار إليه فى النـص بمثابـة قرينـة قانونيـة علـى اتصـال علمه بالقرار، يجوز له إثبات ما يخالفها، فـإذا رفـض مـن عـين القـرار الصادر بتعيينه وجب عليه إبلاغ النيابة العامة كتابة بذلك خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور القرار إذا صدر فى مواجهتـه، أو مـن تـاريخ علمـه بالقرار إذا صدر فى غيبته على النحو المتقدم، وإلا كان مسئولاً عن المهام الموكلة إليه، ويجب على النيابة العامة فى حالـة إبلاغـها بقـرار رفـض التعيين أن تتبع ما ورد بالمـادة (٤٠) مـن المشـروع، بترشـيح آخـر بـدلاً

منه، ورفع الأمر للمحكمة بمذكرة مسببة خلال ثمانية أيام من تاريخ إبلاغها، ويتعين على المحكمة أن تعين آخر على وجه السرعة.

النص المقابل

هو نص المادة (٩٨٨) الملغاة من قانون المرافعات:

تبلغ النيابة العامة الأوصياء والقامة والوكلاء والمساعدين القضائيين والمديرين المؤقتين القرار الصادر بتعيينهم إذا صدر في غيبتهم، وعلى من يرفض منهم التعيين أن يبدى ذلك بتقرير في قلم كتاب المحكمة المختصة أو بخطاب بعلم الوصول في خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبلاغه القرار، وفي هذه الحالة تعين المحكمة بدلاً منه على وجه السرعة.

شرح المادة:

عندما تصدر المحكمة المختصة قرارها بتعيين الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أو المساعد القضائي أو المدير المؤقت، بناء على ترشيح النيابة العامة، بعد أخذ رأى المشمولين بالرعاية، فإن على النيابة العامة أن تبلغ كلاً منهم بقرار تعيينه متى صدر هذا القرار في غيبته، وذلك لكي يباشر المهام الموكلة إليه بحسب قرار تعيينه، إذ لا يستطيع أى منهم أن يتصرف في أموال أو حقوق المشمول بالرعاية دون سلطة تخول حق التصرف، وتلك السلطة مصدرها قرار المحكمة، الذى يتعين إعلانه للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو المساعد القضائي، لتترتب عليه آثاره، ويجب أن يكون أخطار النيابة العامة للوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب أو المساعد القضائي أو المدير المؤقت بالقرار بالطريق الرسمي، على يد محضر، على نحو يتيسر لكل منهم العلم به، ويكون حجة عليه.

لقد أوجبت المادة على المعلن إليه، أن يبلغ النيابة العامة برفضه لقرار تعيينه وضربت أجلاً لها بأن يتم الإبلاغ بالرفض خلال ثمانية أيام من تاريخ صدور القرار إذا صدر فى مواجهته أو من تاريخ علمه بالقرار إذا صدر فى غيبته، وإلا عد مسئولاً عما يرتبه قرار التعيين، وفى حالة إبلاغ النيابة العامة بقرار الرفض، فإن عليها ترشيح شخص آخر بدلاً من الذى رفض تعيين وذلك بمذكرة تذكر فيها أسباب الترشيح، فى غضون ثمانية أيام من إبلاغها بالرفض، وعلى المحكمة أن تبادر بتعيين البديل فى أسرع وقت ممكن، درءً لأى أضرار قد تلحق المشمول بالرعاية من جراء عدم تعيين من يقوم على شئونه.

المـادة (٤١)

تقوم النيابة العامة بعد صدور قرار المحكمة بتعيين النائب، بجرد أموال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب بمحضر يحرر من نسختين.

ويتبع فى الجرد الأحكام والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل، ويدعى لحضور الجرد جميع ذوى الشأن والقاصر الذى أتم خمس عشرة سنة ميلادية إذا رأت النيابة العامة ضرورة لحضوره.

وللنيابة العامة أن تستعين بأهل الخبرة فى جرد الأموال وتقييمها وتقدير الديون، وتسلم الأموال بعد انتهاء الجرد إلى النائب المعين من المحكمة.

المذكرة الإيضاحية

وتناولت المادة (٤١) من المشروع - المقابلة للمادة (٩٨٩) من قانون المرافعات - بيان الإجراءات الواجب إتباعها بعد صدور قرار تعيين النائب، فألزمت النيابة العامة بجرد أموال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب بمحضر يحرر من نسختين، وفقاً للإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل، على أن يدعى لحضور الجرد جميع ذوى الشأن والقاصر الذى أتم خمس عشرة سنة، إذا رأت النيابة العامة ضرورة لحضوره، وللنيابة العامة فى سبيل اتخاذ إجراءات الجرد أن تستعين بأهل الخبرة فى جرد الأموال وتقييمها وحصر الديون، ويتعين عليها بعد انتهاء أعمال الجرد أن تسلم الأموال إلى النائب المعين.

النص المقابل

هو نص المادة (٩٨٩) الملغى من المرافعات:

على النيابة العامة بعد صدور قرار المحكمة بإقامة النائبين عن عديمي الأهلية أو الوكلاء عن الغائبين، أن تجرد أموال عديمي الأهلية أو الغائبين بمحضر يحرر من نسختين.

ويتبع في الجرد الأحكام والإجراءات المنصوص عليها في المادة (٩٦٥) ويدعى لحضور الجرد جميع ذوي الشأن والقاصر الذي بلغت سنه ست عشرة سنة.

وللنيابة أن تستعين في جرد الأموال وتقويمها وتقدير الديون بخبير، وتسلم النيابة الأموال بعد انتهاء الجرد للنائب عن عديمي الأهلية أو وكيل الغائب.

شرح المادة

ألقت المادة بمهمة جرد أموال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب على عاتق النيابة العامة، وتقوم النيابة بجرد الأموال بعد صدور قرار تعيين النائب من المحكمة، ولا يتحتم أن تقوم النيابة بعملية الجرد بنفسها، وإنما يكون لها أن تنتدب لذلك بعض المعاونين الملحقين بها لمباشرة الجرد.

وثمة إجراءات معينة يتعين إتباعها عند إجراء الجرد، منها دعوة جميع ذوي الشأن لحضور عملية الجرد، وأن يثبت الجرد في محضر يحرر من نسختين، وأن تسلم الأموال بعد انتهاء الجرد إلى النائب عن المشمولين بالرعاية المعين من قبل المحكمة، ويجوز للنيابة في سبيل إتمام عملية الجرد بالدقة المطلوبة أن تستعين بأهل الخبرة بواسطة ندب خبير حسابي يقوم بجرد الأموال وتقييمها، وتقدير الديون، وعلى الجملة إثبات الأصول والخصوم الخاصة بها، أو بيان ما لهذه الأموال وما عليها.

ويتبع فى القيام بعملية الجرد الأحكام والإجراءات التى جاء بها قرار وزير العدل رقم ١٠٨٨ لسنة ٢٠٠٠، منها أن يتم جرد جميع الأموال والمنقولات مع بيان أوصافها وتقدير قيمتها، وإثبات جميع ما يوجد من النقود السائلة نوعاً ومقداراً، وما يوجد من الأسهم والسندات للمشمول بالرعاية كما ينبغى بيان ما يوجد من معادن أو أحجار ثمينة أو حلى، من حيث النوع والوزن والعيار فى المحضر، كما يثبت فى محضر الجرد حالة الخزائن المغلقة إن وجدت، وبعد فتحها يتم جرد ما بها من أموال ومستندات وغيرها، كذلك يثبت فى محضر الجرد بيان ما سبق نقله من الأموال والأوراق المالية والمستندات والمصوغات إلى أحد المصارف أو إلى أى مكان آخر، وغير ذلك مما نص عليه القرار المذكور.

ويلاحظ أنه فى حالة وجود نزاع على أى من الأموال أو الأشياء التى جردها، يتعين عرض الأمر بشأنها على المحكمة المختصة بعد اتخاذ الإجراءات التحفظية أو المؤقتة المناسبة.

ويجوز للمحكمة أن تعين مصفياً للتركة قبل تعيين النائب عن المشمول بالحماية ومباشرة النيابة العامة لأعمال الجرد، ليتولى الإجراءات الأخرى المتعلقة بالأموال والنقود، ومثل المهام العاجلة التى لا تحتمل التأخير كتجهيز المتوفى، والإنفاق على ذويه، وكل ما يخشى عليه من التلف أو فوات الوقت.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن:

دعوى إثبات الوفاة والوراثة، تضمين صحيفتها بيان أعيان التركة، كفايته لسماعها، لا يحول دون ذلك خلوها من تحديد واضع اليد على التركة.

نقض رقم ٤٣/١٥ ق ، فى ١٩٧٦/١/١٤

وقضى بأن: مفاد المواد (٨٤٤، ٩٠٠، ٩٠١) من القانون المدنى، أن الوارث لا يتصل أى حق له بأموال التركة مادامت التصفية قائمة.

نقض رقم ٢٢/٢٨٤ ق ، فى ١٩٥٦/٣/٨

المـادة (٤٢)

ترفع النيابة العامة محضر الجرد إلى المحكمـة للتصديـق عليـه، بعد التحقق من صحة البيانات الواردة فيه.

المذكرة الإيضاحية

وألزمت المادة (٤٢) – المقابلة للمادة (٩٩٠) من قانون المرافعـات – النيابة العامة برفع محضر الجرد إلى المحكمة للتصديق عليـه بعـد أن تتحقق من البيانات الواردة فيه.

النـص المقابـل

هو نص المادة (٩٩٠) الملغاة من قانون المرافعات:

ترفع النيابة محضـر الجـرد إلى المحكمـة للتصديـق عليـه، بعـد التحقق من صحة البيانات الواردة به.

شـرح المـادة

يعد التصديق على محضر الجـرد مـن المحكمـة المختصـة إجـراء وجوبيا تقوم النيابـة العامـة بعرضـه علـى المحكمـة للتحقـق مـن صحـة البيانات الواردة فيه، وبعد التأكد من أن الجرد قـد تم وفقا للإجـراءات القانونية والقرارات المنظمة له.

من التطبيقات القضائية

قضت محكمة النقض بـأن تصديـق محكمـة الأحـوال الشـخصية على قائمة الجرد، لا يعتبر فصلا فى النزاع القائم على الملكيـة أو صحـة الدين.

نقض فى ١٩٥٦/٣/٢٩، منشور بمجموعة القواعد القانونية سـنة ٢٥، جـ ٣، ٧٨.

المادة (٤٣)

يجب على النيابة العامة عند عرض محضر الجرد على المحكمة للتصديق عليه، أن ترفق مذكرة برأيها فى المسائل الآتية بحسب الأحوال:

١- الاستمرار فى الملكية الشائعة أو الخروج منها، وفى استغلال المحال التجارية والصناعية أو المكاتب المهنية أو تصفيتها، ووسائل الوفاء بالديون والقرارات المنفذة لذلك.

٢- تقدير النفقة الدائمة اللازمة للقاصر أو المحجور عليه.

٣- اتخاذ الطرق المؤدية لحسن إدارة الأموال وصيانتها.

وتلتزم المحكمة بالتصديق على محضر الجرد، وبالفصل فى المسائل المشار إليها على وجه السرعة.

المذكرة الإيضاحية

وألزمت المادة (٤٣) من المشروع - المقابلة للمادة (١٠٠٤) من قانون المرافعات - النيابة العامة عند عرض محضر الجرد على المحكمة للتصديق عليه، أن ترفق مذكرة برأيها فى شأن الاستمرار فى الملكية الشائعة أو الخروج منها، وفى استغلال المحال التجارية والصناعية أو المكاتب المهنية أو تصفيتها، ووسائل الوفاء بالديون والقرارات المنفذة لذلك، وتقدير النفقة الدائمة للقاصر أو المحجور عليه، والطرق المؤدية لحسن إدارة الأموال وصيانتها، ويتعين على المحكمة أن تفصل فى هذه الأمور على وجه السرعة، نظرا لطبيعتها الخاصة، بغير توقف على التصديق على محضر الجرد، الذى قد يستغرق فترة من الزمن عند المنازعة فيه.

النـص المقابـل

هو نص المادة (١٠٠٤) الملغى من قانون المرافعات:

تنظر المحكمة عند التصديق على محضر الجرد على وجه السرعة من تلقاء نفسها فى المسائل الآتية، ما لم تكن قد أصدرت قرارا فيها من قبل:

١- الاستمرار فى ملكية الأسرة أو الخروج منها، وفى استغلال المحال التجارية أو الصناعية أو تصفيتها، والتصرف فى كل أو بعض المال وفاء للديون.

٢- تقدير النفقة اللازمة للقاصر أو المحجور عليه.

٣- اتخاذ الطرق المؤدية لحسن إدارة الأموال وصيانتها.

قد تتعلق حقوق المشمول بالحماية بالملكية الشائعة، وهى تلك الملكية التى تتعلق بجزء غير معين ولا مفرز فى العين المملوكة، فهى ملكية مختلطة مع ملكيات أخرى فى عين معينة، كحق شائع فى منزل أو قطعة أرض، ومقتضى الشيوع أن يكون كل جزء من أجزاء الملكية المشتركة، غير مخصوصة بأحد من أصحاب الحصص، بل تتعلق به ملكيات جميعهم، ويطلق عليها الفقهاء بأنها: جزء يثبت فى الكل، وهى شركة أملاك.

والملكية الشائعة أحد قسيمى الملك، فى مقابل الملكية المفرزة أو المتميزة، ولصاحبها حق التصرف فيها بما لا يضر بأصحاب الملكيات الأخرى، كما نص على ذلك قدرى باشا[1]، فى م ١٢: إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته،

---

[1] - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، م ١٢.

والتصرف فيها تصرفا لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة، حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك.

أما النفقة الدائمة، فهي حق لمن تجب له النفقة شرعا على نحو يفي بحاجاته الضرورية، وتجب النفقة للقاصر أو المحجور عليه بصفة دائمة ليتعيش منها، وسندها قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهآء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم﴾ [النساء: آية ٥].

ومن ناحية أخرى، فقد وجهت الشريعة الى غل حسن استغلال مال القاصر والمحجور عليه، والغائب، والدليل على ذلك ذات الآية، التي سقناها توا، ﴿ولا تؤتوا السفهآء أموالكم التي جعل الله لكم قياما﴾ فإن القيام عليها يتأتى من جانب ولى الأمر بأن يوكل إدارتها إلى من يقوم عليها بالصلاح والصيانة والتوظيف الرشيد النافع لصاحبها.

يعضده قول الرسول ﷺ :ألا من ولى يتيما له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى لا تأكله الصدقة)، والاتجار لون من ألوان الاستثمار جاء بحسب الغالب فى زمن الرسالة، لكنه يعم كل صور الاستثمار المشروع والمربح، إعمالا للقاعدة الأصولية: العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

شرح المادة

تأتى المادة فى سياق المهام التى أوجبها القانون على النيابة العامة كجهة أمينة على مصالح المشمولين بالحماية، ضمن سلسلة الإجراءات التى يتعين اتباعها للحفاظ على أموالهم، ورعاية ممتلكاتهم، وضمان أكبر قدر من التصرف النافع لهم، بان أوجبت على النيابة العامة عند عرض محضر الجرد على المحكمة التصديق عليه، أن ترفق مذكرة برأيها بشأن الاستمرار فى الملكية الشائعة من عدمه، وطرق تنمية

المحال التجارية والصناعية أو تصفيتها بحسب ما يحقق المصلحة لهم ووسائل الوفاء بالديون المدين بها المعنيون بالحماية، بجانب تقدير النفقة اللازمة لتعيش القاصر أو المحجور عليهم، وكل ما من شأنه الإدارة الرشيدة والفعالة المحققة لصيانة الأموال وتنميتها.

وإنما أوجبت المادة على النيابة إبداء رأيها فى هذه المسائل بصفة خاصة، لكونها تحتاج إلى بصر وتحر لمصالح المشمولين بالرعاية، وليست من الأمور البسيطة التى لا تتطلب إعمال الفكر، وتلمس أوجه الرأى، فالملكية الشائعة بين أحد المشمولين بالرعاية وآخرين، قد ينتج عن الاستمرار فيها الإضرار بالمشمول بالحماية، لمظنة اعتداء الشريك له فى الملكية على حقه فى بعض الأحيان، وقد لا يكون الأمر كذلك وتتطلب المصلحة عدم الخروج من هذه الملكية، ويقال مثل ذلك عن استغلال المحال التجارية والصناعية والمكاتب المهنية، ووسائل الوفاء بالديون، فإن رأى النيابة فيها مطلوب مقصود، من واقع تحريها للواقع، ومعرفتها بظروف المشمول بالحماية، والمال فتختار له الأصلح والأنفع، وتدرأ عنه الضرر.

كذلك الشأن بالنسبة لتقدير النفقة الدائمة، وبحث أمثل الطرق المؤدية لحسن إدارة الأموال، فإنها أمور تقتضى النظر الصائب وبحث كافة الظروف الملابسة، وتوقع النتائج المرجوة، وبيان الجدوى من هذا العمل، وإذا كان هذا فى جانب إدارة الأموال، فإن فى تقرير النفقة حماية للقاصر والمحجور عليه، وإبقاء لحياته، واستبقاء لوجوده.

ومتى عرضت النيابة رأيها المثبت فى مذكرة، مع محضر الجرد، على المحكمة، فإن الأخيرة تلتزم بالتصديق على محضر الجرد، وبالفصل فيما أبدته النيابة من رأى على وجه السرعة، حسما للموضوع، واستقرارا للأوضاع بما يكفل مصلحة المشمولين بالرعاية.

المادة (٤٤)

للمحكمة ولو من تلقاء نفسها، أن تعدل عن أى قرار أصدرته فى المسائل المبينة فى المادة السابقة، أو عن أى إجراء من الإجراءات التحفظية إذا تبينت ما يدعو لذلك.

ولا يمس عدول المحكمة عن قرار سبق أن أصدرته بحقوق الغير حسنى النية الناشئة عن أى اتفاق.

المذكرة الإيضاحية

وأجازت المادة (٤٤) من المشروع – المقابلة للمادة (١٠٠٥) من قانون المرافعات – للمحكمة أن تعدل عن أى قرار أصدرته فى المسائل المبينة فى المادة (٤٣) أو أى إجراء من الإجراءات التحفظية، سواء التى اتخذتها النيابة العامة، وفقا للمادة (٣٤) أو التى أمرت بها المحكمة إعمالا للمادة (٣٩) أو أى إجراء تحفظى آخر أمرت به، وذلك كله إذا تبين للمحكمة ما يدعو لذلك، على أن هذا العدول مشروط بعدم المساس بما ترتب على تنفيذ هذه القرارات من حقوق اكتسبها الغير حسن النية بموجب اتفاق، فإذا كان سيئ النية بأن كان عالما بالأسباب التى تقتضى عدول المحكمة عن القرار، أو كانت الحقوق التى يدعى كسبها ناشئة عن أفعال، وليس اتفاقات، فلا يستفيد من الحماية التى يقررها النص.

النص المقابل:

هو نص المادة (١٠٠٥) الملغى من قانون المرافعات:

للمحكمة ولو من تلقاء نفسها، أن تعدل عن أى قرار أصدرته فى المسائل المبينة فى المادة السابقة، أو إجراء من الإجراءات التحفظية إذا تبينت ما يدعو لذلك.

ويجوز لقاضى الأمور الوقتية أن يعدل عن أى أمر أصدره، إذا تبين ما يدعو لذلك.

وفى جميع الأحوال لا يمس العدول حق الغير حسن النية الناشئ عن اتفاقات.

شرح المادة

يجوز وفقا لنص المادة أن تعدل المحكمة عن قراراتها التى سبق أن أصدرتها بخصوص المسائل الواردة فى المادة (٤٣) ولها أن تعدل كذلك عن الإجراءات التحفظية التى سبق أن أمرت بها، سواء فى ذلك الإجراءات والقرارات التى اتخذتها النيابة أو تلك التى اتخذتها المحكمة، كما هو الشأن بالنسبة لما نصت عليه المادة (٣٩) حول تعيين نائب عن عديم الأهلية أو القاصر أو الغائب أو المساعد القضائى أو غيرها من قرارات أو إجراءات، متى كان هناك مبرر قانونى تقتنع به المحكمة للعدول عما سبق أن اتخذته من إجراءات أو قرارات.

ذلك أن ما تتخذه المحكمة فى صدد مواد الولاية على المال، وفى شأن المعنيين بالحماية، هى من قبيل التدابير والفعاليات التى تبتغى الوصول إلى أقصى نفع للمشمول بالحماية، وأموالهم وممتلكاتهم.

على أن عدول المحكمة عن الإجراءات والقرارات التى سبق أن اتخذتها النيابة العامة، أو المحكمة، مشروط بعدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية، التى اكتسبها نتيجة اتفاق أو تعاقد، ومفهوم ذلك أن الغير سيئ النية، لا يتمتع بهذه الحماية لحقوقه، كما أن الحقوق غير الناشئة عن اتفاق، كما لو كان مصدرها الأفعال والوقائع فإنها لا تستأهل الحماية المقررة بالنص.

المادة (٤٥)

إذا عينت المحكمة مصفيا للتركة، قبل التصديق على محضر الجرد، يتولى المصفى جرد التركة كلها، ويحرر محضرا تفصيليا بمالها وما عليها، يوقعه هو وعضو النيابة العامة، والنائب المعين، ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين.

وإذا عين المصفى بعد التصديق على محضر الجرد يقوم النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب بتسليم نصيب الأخير فى التركة إلى المصفى، بمحضر يوقعه هو والمصفى وعضو النيابة العامة، ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين، وذلك ما لم ير المصفى إبقاء المال كله أو بعضه تحت يد النائب لحفظه وإدارته مؤقتا حتى تتم التصفية، ويثبت ذلك على نسختى محضر الجرد، ويوقع عليه الأشخاص السابق ذكرهم.

وبعد انتهاء التصفية يسلم ما يؤول من التركة إلى النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب مع مراعاة الإجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون.

المذكرة الإيضاحية

وتعرضت المادة (٤٥) من المشروع – المقابلة للمادة (٩٩١) من قانون المرافعات – للإجراءات الواجب إتباعها فى حالة تعيين مصفٍ للتركة قبل أو بعد التصديق على محضر الجرد.

النص المقابل

هو نص المادة (٩٩١) الملغاة من قانون المرافعات:

إذا عينت المحكمة للتركة مصفيا قبل التصديق على محضر الجرد، يتولى المصفى جرد التركة كلها، ويحرر محضرا مفصلا بما لها وما عليها يوقعه هو وممثل النيابة العامة عن عديم الأهلية، ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين، أما إذا كان تعيين المصفى بعد التصديق على محضر الجرد، فيسلم النائب عن عديم الأهلية نصيبه فى التركة إلى مصفى بمحضر يوقعه هو والمصفى وممثل النيابة العامة، ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين، وذلك ما لم ير المصفى إبقاء المال كله أو بعضه تحت يد النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب لحفظه وإدارته مؤقتا حتى تتم التصفية، ويثبت ذلك على نسختى محضر الجرد المشار إليه، ويوقع عليه الأشخاص السابق ذكرهم.

وعند انتهاء التصفية يسلم ما يؤول إلى عديم الأهلية من التركة إلى النائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب، مع مراعاة الإجراءات المنصوص عليها فى المادة (٩٨٩) وما بعدها.

شرح المادة

بموجب ما نصت عليه المادة، فإن المحكمة هى صاحبة الاختصاص فى تعيين مصف للتركة، وهو الشخص الذى يكلف بجرد محتويات التركة وبيان أصنافها وقيمة كل صنف، أيا كانت طبيعة الأموال المتروكة عن المتوفى نقودا أم منقولا أم عقارا وقت وفاته، وقد عنيت المادة ببيان الإجراءات الواجب إتباعها عندما يقوم المصفى بجرد التركة.

إذا كان تعيين المصفى قبل التصديق على محضر الجرد، فيقوم بجرد التركة كلها، ويحرر محضرا تفصيليا تثبت فيه عملية الجرد سواء فى جانب الأصول - ما لها - والخصوم - ما عليها - ويوقع على هذا

المحضر المصفى وعضو النيابة العامة، والنائب المعين على المشمول بالحماية، ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين.

وإذا كان تعيين المصفى بعد التصديق على محضر الجرد، فإن النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب بحكم صفته التمثيلية للأخير يتولى تسليم نصيبه المستحق فى التركة إلى المصفى؛ لأنه المنوط به تصفية التركة، وحصرها، وذلك بمحضر موقع من النائب والمصفى وعضو النيابة العامة، ومن يكون حاضرا من الورثة الراشدين.

وطبقا لما نصت عليه المادة، فإن للمصفى أن يبقى المال كله أو بعضه فى يد النائب مؤقتا لحفظه وإدارته، حتى تتم عملية التصفية، ويثبت ذلك فى محضر يحرر من نسختين موقع عليه ممن سبق ذكرهم.

وعندما تنتهى عملية التصفية، يسلم المصفى إلى النائب عن المشمول بالحماية ما يؤول من التركة، على ضوء الإجراءات التى وردت فى هذا القانون.

المادة (٤٦)

يجب على النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو المدير المؤقت أن يودع قلم كتاب المحكمة حسابا عن إدارته مشفوعا بالمستندات التى تؤيده فى الميعاد المحدد قانونا، وكلما طلبت منه المحكمة ذلك فى الميعاد الذى تحدده.

فإذا انقضى الميعاد ولم يقدم الحساب، جاز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه، فإن تكرر منه ذلك، جاز أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على ألف جنيه، وذلك دون إخلال بالجزاءات الأخرى المنصوص عليها قانونا.

وإذا قدم النائب الحساب وأبدى عذرا عن التأخير قبلته المحكمة، جاز لها أن تقيله من كل الغرامة أو بعضها.

وعلى المحكمة أن تأمر مؤقتا بإيداع المبالغ التى لا ينازع مقدم الحساب فى ثبوتها فى ذمته، دون أن يعتبر ذلك مصادقة على الحساب.

وتفصل المحكمة فى صحة الحساب المقدم إليها، ويجب أن يشمل القرار النهائى الذى تصدره المحكمة بشأن الحساب الأمر بإلزام مقدمه بأداء المبلغ المتبقى فى ذمته وإيداعه خزانة المحكمة فى ميعاد تحدده.

المذكرة الإيضاحية

وتناولت المادة (٤٦) من المشروع – المقابلة للمواد من (١٠٠٧ – ١٠١٦) من قانون المرافعات – معالجة المسائل المتعلقة بتقديم الحساب وفحصه، والإلزام بإيداع المبالغ الناتجة عنه خزانة المحكمة، وقد تضمن نص المشروع معالجة بعض أوجه القصور الوارد فى أحكام قانون

المرافعات فى هذا الشأن إذ شمل حالة الغائب عن ناقص الأهلية لاتحاد العلة مع النائب عن عديم الأهلية أو الغائب، ورفع الغرامة التى يجوز توقيعها على النائب لتخلفه عن تقديم الحساب لتصل إلى مبلغ ألف جنيه، وأناط بالمحكمة فحص الحساب في جميع الأحوال، حال أن نص المادة (١٠١٠) مرافعات يفرق بين حالة ما إذا قدم الحساب فى الميعاد المبين بقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فكان لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعهد بفحصه لأحد قضاة المحكمة، أما إذا قدم الحساب فى الميعاد المحدد بناء على أمر المحكمة، فيكون لها أن تعهد بفحصه لأحد أعضائها، فضلا عن أن المادة (١٠١١) من قانون المرافعات كانت تخول القاضى المنتدب لفحص الحساب اتخاذ إجراءات التحقيق وفقا للأحكام المنصوص عليها فى الباب السابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات، حال أن هذا الباب ألغى بموجب القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية.

شرح المادة

أقامت المادة (٤٦) المسئولية على النائب عن المشمول بالحماية بشأن تصرفاته فى مال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب، وكذا المدير المؤقت وذلك بإلزامه بتقديم حساب عن إدارته لأموال هؤلاء الأشخاص بإيداعه فى قلم كتاب المحكمة مرفقا به المستندات المؤيدة له، فى الموعد القانونى المحدد، وفى الحالات التى تطلب منه المحكمة تقديم ذلك الحساب فى الموعد المضروب لذلك من المحكمة.

وقد نصت المادة (٤٥) من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢: على الوصى أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة.

ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه، ما لم تر المحكمة غير ذلك.

فى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره، أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته.

ويلاحظ أن تقديم المستندات المؤيدة للحساب للدلالة على صحة الحساب، يخضع لتقدير المحكمة، ويجرى العمل فى المحاكم على ندب خبير أو أكثر لفحص الحساب المقدم، لبيان مدى صحته ومطابقته للمستندات، وفى ضوء ذلك تتخذ المحكمة قرارها باعتماد الحساب من عدمه، فإذا اعتمدت المحكمة الحساب، فليس لها أن ترجع عن قرارها باعتماده، ما لم تظهر أسباب جدية تسوغ ذلك كالخطأ فى أرقام الحساب وعملياته الحسابية، أو قيام غلط مادى فى الحساب أو تزوير فيه أو تدليس أو غير ذلك، مما ينصب على جوهر الحساب أو الظروف التى تم فيها اعتماده[1]، والتى تقدم مبررا قانونيا للعدول عن قرارها بالاعتماد.

وقد فرضت المادة جزاء على عدم تقديم النائب عن المشمول بالحماية أو المدير الحساب فى الموعد المحدد قانونا أو قضاء بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه، فإذا تكرر منه الخطأ مرة أخرى جاز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على ألف جنيه، وذلك دون إخلال بالجزاءات المنصوص عليها قانونا.

ومع ذلك، فإنه يجوز للمحكمة أن تقيل النائب أو المدير المتأخر عن تقديم الحساب من الغرامة إذا أبدى عذرا قبلته المحكمة، سواء كان الإعفاء كليا أو جزئيا.

---

[1] - أحمد نصر الجندى التعليق على قانون الولاية على المال، ١٩٩٨، ص ١٥٨.

وفى حالة ما إذا طلب مقدم الحساب إيداع مبلغ من المال ثابت في ذمته، ليس محل نزاع، فعلى المحكمة أن تأمر مؤقتا بإيداع هذا المبلغ، دون أن يخل ذلك بحق المحكمة فى التصديق على الحساب، وتصدر المحكمة قرارها باعتماد الحساب المقدم إليها، على ضوء تقدير الخبير، على أن يشمل القرار النهائى الصادر من المحكمة بشأن الحساب، الأمر بإلزام مقدمه بأداء المبلغ المتبقى فى ذمته، وإيداعه خزينة المحكمة فى الموعد الذى تحدده.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن: المشرع أوجب - حرصا على مصلحة القاصر - أن يكون الحساب سنويا، وأن يسارع الوصى إلى إيداع المتوفر فى حينه، وكفل تنفيذ ذلك بما سنه من جزاءات بنا يبين منه، أنه اعتبر كل سنة وحدة قائمة بذاتها[1].

وقد قضى بأن المجلس الحسبى إذا لم يعتمد الحساب نهائيا، بل قرر إعادة النظر فيه، ولم يتم تنفيذ ذلك الإقرار بسبب بلوغ القاصر سن الرشد، فإن لهذا القاصر أن يطالب وصيه أمام المحاكم بتقديم حساب عن وصايته أمام المحاكم المدنية[2].

١- نقض رقم ٢٥/٨ ق، س ٧، ص ٤٤٢.

٢- نقض رقم ٣٨/١٢٣ ق ، ص ٢٥، ص ٤٢٩.

المادة (٤٧)

للنيابة العامة أن تصرح للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب بالصرف من الأموال السائلة لأى من هؤلاء دون الرجوع إلى المحكمة بما لا يجاوز مبلغ ألف جنيه، ويجوز زيادته إلى ثلاثة آلاف جنيه بقرار من المحامى العام، وذلك لمرة واحدة كل ستة أشهر.

المذكرة الإيضاحية

وجاء نص المادة (٤٧) من المشروع بحكم مستحدث لمواجهة الاحتياجات الطارئة للمشمول بالرعاية، والتى قد لا تغطيها النفقة المؤقتة التى تقوم النيابة العامة بتقديرها وفقا لنص المادة (٢٧) من المشروع، أو النفقة الدائمة التى تقررها المحكمة وفقا لنص المادة (٤٤) منه، إذ قد يحتاج المشمول بالرعاية لمصاريف علاج أو دراسة أو كسوة أو غيرها من المصاريف الطارئة بما يستدعى تبسيط إجراءات الحصول عليها فأجازت المادة (٤٨) للنيابة العامة – وفقا لما تقدره من ظروف وجدية الطلب والحاجة الملجئة له – أن تصرح للنائب بالصرف من الأموال السائلة للمشمول بالرعاية بما لا يجاوز مبلغ ألف جنيه، يجوز زيادته إلى ثلاثة آلاف جنيه بقرار من المحامى العام وذلك لمرة واحدة كل ستة أشهر، ويعد من الأموال السائلة المبالغ المودعة كشهادات استثمار أو ودائع أو غيرها لدى البنوك، وفيما يجاوز ذلك من مبالغ يتعين عرض الأمر بشأنه على المحكمة.

شرح المادة

قد تقتضى الظروف الحياتية اليومية لعديمى الأهلية أو ناقصيها أو الغائب أن توضع بعض المبالغ السائلة بتصريح من النيابة العامة لمواجهة هذه الظروف المتجددة والطارئة كنفقات التعليم والصحة والملبس

وغيرها، ونفقات هذه المتطلبات ليست كبيرة، وهو ما قدر معه المشرع تمكينه للمشمولين بالرعاية من الحصول على مبلغ مالى فى حدود ألف جنيه، اعتبرها مناسبة وكافية لمواجهة مثل هذه المتطلبات بحسبان أنْ يكون لدى الشخص مبلغا ماليا معقولا، لمواجهة الظروف المتجددة والوقتية والطارئة.

فإذا ما تطلبت الظروف أكثر من ذلك، فقد استجاب المشرع لطلب الزيادة، إلى مبلغ ثلاثة آلاف جنيه، بتصريح من المحامى العام المختص وبمقتضاه يخول للمحامى العام السماح للمشمول بالحماية فى الحصول على ما زاد على الألف جنيه حتى الثلاثة آلاف جنيه، وذلك لمرة واحدة كل ستة أشهر، تقديرا لمواجهة هذه الاحتياجات، ويعد هذا الإجراء بتخويل النيابة العامة والمحامى العام، بالتصريح بالحصول على هذه المبالغ دون عرض الأمر على المحكمة محققا للتيسير والتبسيط فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، فى مواد الولاية على المال، من شأنه أن يؤدى إلى خفض التكلفة والوقت والجهد، الذى ينتج عن اللجوء إلى المحكمة للحصول على هذه المبالغ اليسيرة، ويسهل على المشمول بالرعاية الحصول على احتياجاته العاجلة بإجراء ميسور يراعى متطلبات الظروف والأحوال.

المادة (٤٨)

لا يقبل طلب استرداد الولاية أو رفع الحجر أو المساعدة القضائية أو رفع الوصاية أو الولاية، أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه، إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائى الصادر برفض طلب سابق.

المذكرة الإيضاحية

وردت المادة (٤٨) من المشروع، حكم المادة (١٠٠٦) من قانون المرافعات وينصرف أثره إلى مسائل الولاية على المال، وبموجبه لا يقبل طلب استرداد الولاية أو رفعها أو رفع الحجر أو المساعدة القضائية أو رفع الوصاية أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه، إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائى الصادر برفض طلب سابق، ويعد هذا النص معدلاً لما ورد بالفقرة الثانية من المادة (٢٣) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال، والتى كانت تشترط انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى الصادر برفض طلب سابق بشأن استرداد الولاية.

النص المقابل

هو نص المادة (١٠٠٦) الملغاة من قانون المرافعات.

لا يقبل طلب استرداد الولاية أو رفع الحجر أو المساعدة القضائية أو رفع الوصاية أو الولاية أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه إذا كان قد سبق رفضه، إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائى بالرفض.

شرح المادة

وضعت المادة (٤٨) قيداً على قبول الطلب المقدم للمحكمة باسترداد الولاية أو رفع الحجر أو المساعدة القضائية ،أو رفع الوصاية أو الولاية عن المشمولين بالرعاية أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه ،إلا بعد مضى سنة من تاريخ إصدار المحكمة لقرارها النهائى ،برفض الطلب السابق ومفهوم ذلك عدم قبول طلب الاسترداد أو الرفع أو إعادة الإذن للمشمول بالرعاية إذا كان قد مضى أقل من سنة على تاريخ القرار النهائى للمحكمة برفض الطلب السابق؛ لأن هذه المدة قصيرة لا ترشح بطرق أمر جديد يستدعى تصدى المحكمة بإعادة الفصل فى موضوع سبق أن فصلت فيه فى تاريخ قريب، وحذراً من تكدس القضايا أمام المحكمة، بما يعمل على إضاعة الوقت وتبديد الجهد، فى مسألة سبق الفصل فيها، وبذلك سلك النص مسلكاً متوازناً بين مضى مدة معقولة، هى مدة السنة، يمنع فيها النظر فى ذات الدعوى إذا كان قد مضى أقل من سنة على الفصل فيها، لاعتبارات تتعلق بالعدالة، وتنظيم التقاضى، وبين قبول الدعوى بعد انقضاء سنة من تاريخ الفصل فيها من قبل، نظراً لمصلحة المشمول بالرعاية، وتوقعاً لما يكون قد استجد فى موضوع الولى فى الولاية أو الوصاية أو الحجر أو المشمول بالحماية، الأمر الذى يستأهل عرضه على المحكمة، واستصدار حكم بشأنه.

ويلاحظ أن ما نصت عليه المادة (٤٨) يتناول بالتعديل الموعد الذى حدده قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢، فى المادة (٢٣) منه، ونصها:

إذا سلبت الولاية أو حد منها أو أوقفت، فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها.

ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض.

فالموعد الذى حددته المادة (٢٣) من قانون الولاية على المال لقبول طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه، هو سنتان، فى حين أن هذا الموعد تعدل إلى سنة واحدة، طبقاً للمادة (٤٨) من القانون موضع الدراسة.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن : عدم حرص الولى على أموال القاصر بقدر حرصه على أموال بناته سبباً لسلب الولاية، كما اعتبر عدم تقديم الحساب مؤيداً بالمستندات أو عدم تحرير محضر الحصر فى الأجل المحدد - شهران - من أسباب سلب الولاية، كما أن تجاوز سن الولى الثمانين، وتسجيله على نفسه عجزه عن الإطلاع بشئون القاصر يعتبر سبباً لسلبها؛ لأن هذه الأسباب من شأنها أن تعرض مال القاصر للخطر[1].

كما قضى بأن تخلف الولى عن تحرير قائمة بأموال القاصر واحتفاظه بهذه الأموال فى حسابه باسمه الشخصى، وعدم إيداعها باسم القاصر إلا بعد تقديم طلب سلب الولاية، يعتبر قرينة على تعريض أموال القاصر للخطر تخول سلب ولايته[2].

- نقض رقم ١٠/٣٥ ق ، ق ١٩٥٥/١٢/٨.
- نقض رقم ٤٤/٣١ ق ، س ٢٧، ص ١٧٣١.

المـادة (٤٩)

يجوز لذوى الشأن الإطلاع على الملفات والدفاتر والسجلات والأوراق المنصوص عليها فى المواد السابقة، كما يجوز لكل شخص الإطلاع على السجلات، وفى الحالتين تسلم لأى منهم صور أو شهادات بمضمون ما أثبت فيها بإذن من المحكمة أو النيابة العامة.

المذكرة الإيضاحية:

وعملاً على المواءمة بين الحفاظ على السرية الواجبة فى مسائل الولاية على المال، وبين حماية الغير فى تعاملاته، فقد أجازت المادة (٤٩) من المشروع – المقابلة للمادتين (١٠٣٠، ١٠٣١) من قانون المرافعات – لذوى الشأن الإطلاع على الملفات والدفاتر والسجلات والأوراق المنصوص عليها فى هذا القانون، كما يجوز لكل شخص الإطلاع على السجلات التى تقيد فيها الطلبات المشار إليها فى المادة (٣٣) من المشروع، وفى الحالتين يجوز بإذن من المحكمة أو النيابة العامة تسليمهم صوراً أو شهادات بمضمون ما أثبت فيها.

النص المقابل:

هو نص المادة (١٠٣٠، ١٠٣١) الملغيان من قانون المرافعات.

المادة (١٠٣٠) يجوز لذوى الشأن الإطلاع على الملفات والدفاتر والسجلات والأوراق، وتسلم لهم صور منها، أو شهادات بمضمونها بإذن من القاضى أو رئيس المحكمة أو أحد أعضاء النيابة العامة بدرجة وكيل نيابة على الأقل، المادة (١٠٣١) يجوز لكل شخص الإطلاع على السجلات والحصول على شهادة بما فيها من تسجيلات أو تأشيرات.

ويجوز له بإذن من القاضى أو رئيس المحكمة أو أحد أعضاء النيابة العامة بدرجة وكيل نيابة على الأقل، الإطلاع على الدفاتر

والملفات والحصول على صور من أوراقها والقرارات الصادرة فيها أو شهادات بمضمونها.

شرح المادة

بموجب ما نصت عليه المادة، فإنه يحق لكل شخص من ذوى الشأن، الأولياء والأوصياء والقامة والوكلاء عن الغائبين، والمساعدين القضائيين والمشمولين بالولاية، والغير، الإطلاع على السجلات التى تقيد فيها الطلبات والعلم بما دون فيها، تيسيراً للإجراءات فى مواد الولاية على المال، وحماية للغير حسن النية فى تعاملاته مع المشمول بالحماية، ومدى سلطة الولى أو الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب أو المساعد القضائى أو المدير، والوضع القانونى والمالى للمشمول بالحماية، والسجلات التى يجوز الإطلاع عليها من الغير هى الدفاتر المعدة لإثبات الطلبات المتعلقة بالأهلية، والقرارات الصادرة بشأنها، التى نصت عليها المادة (٣٣).

وبالنسبة لذوى الشأن، فإنه يحق لهم الإطلاع على الملفات والدفاتر والسجلات والأوراق المنصوص عليها فى مواد الولاية على المال، وفى كلمة فإنه لذوى الشأن الإطلاع على كافة البيانات من مصادرها الخاصة بالمعنى بالحماية؛ لأنهم معنيون بالولاية والمولى عليهم، فينبغى أن يكفل لهم الإطلاع على هذه البيانات تحقيقاً للهدف من الولاية، ووفاءً بالواجبات المنوطة بهم.

أما فيما يتعلق بالحصول على شهادات أو صور بمضمون ما أثبت فى السجلات أو الملفات أو الأوراق أو الدفاتر، فلا يكون ذلك إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة المختصة أو النيابة العامة.

وعلة ذلك أن الحصول على شهادات أو صور بمضمون ما أثبت فيها، بناء على طلب ذوى الشأن أو الغير، من شأنه أن يجعل حامل هذه الشهادات أو الصور الرسمية حاملاً لسند يحوز حجية معينة، ويترتب عليه آثار فى مواد الولاية على المال، ويتمسك به كحجة أمام القضاء وذوى الشأن والغير، ونظراً لهذه الأهمية والخطورة للشهادات والصور، فقد أوجب المشرع الحصول عليها بناء على إذن من المحكمة أو النيابة العامة.

المـادة (٥٠)

يكون لنفقات حصر الأموال ووضع الأختام والجرد والإدارة، حق امتياز فى مرتبة المصروفات القضائية.

المذكرة الإيضاحية

وأوردت المادة (٥٠) من المشروع – المقابلة للمادة (٩٩٢) من قانون المرافعات – حكما عاما لبعض النفقات، وجعلت له امتياز فى مرتبة امتياز المصروفات القضائية، ويشمل ذلك نفقات حصر الأموال ووضع الأختام التى تقوم بها النيابة العامة، وفقا لنص المادة (٣٤) ونفقات جرد الأموال وتقييمها وتقدير الديون على نحو ما ورد بالمادة (٤٢) ونفقات جرد الأموال التى يقوم بها المصفى على نحو ما ورد بالفقرة الأولى من المادة (٤٦) ونفقات إدارة الأموال التى يقوم بها النائب المعين أو وكيل الغائب منذ تاريخ استلامه الإدارة إلى تاريخ تسلم الأموال على النحو الوارد بالمادة (٤٧).

النص المقابل

هو نص المادة (٩٩٢) الملغاة من قانون المرافعات:

يكون لنفقات حصر الأموال ووضع الأختام والجرد والإدارة، حق امتياز فى مرتبة المصروفات القضائية، ويحتج به على عديم الأهلية والنائب على كل من استفاد من هذه الإجراءات.

شرح المادة

قررت المادة (٥٠) امتيازا لنفقات إدارة أموال وممتلكات المشمولين بالرعاية، فيما تتطلبه إدارة هذه الأموال ونفقات حصر الأموال والممتلكات، ونفقات الجرد والتقييم وتقدير الديون، ونفقات حصر

الأموال ووضع الأختام، وهذه النفقات تكون لها الأولوية في التحصيل عند تزاحمها مع غيرها من الأموال الأخرى؛ لأنها تتمتع بحق الامتياز المقرر للمصروفات القضائية، وعند تزاحم المصروفات القضائية يكون لها الأفضلية بموجب هذا الامتياز، لأهمية هذه الأموال، وضرورة صيانتها والحفاظ عليها؛ لأنها واجبة التحصيل لصالح الخزانة العامة.

المـــادة (٥١)

للمحكمة أن تأمر بإضافة كل الرسوم أو بعضها أو المصاريف على عاتق الخزانة العامة.

المذكرة الإيضاحية

ونظراً لأن الأمر المعروض على المحكمة فى مسائل الولاية على المال، قد لا يكون خصومة قضائية، بحيث يتصور معه أن يكون هناك خاسر للدعوى، فقد رخصت المادة (٥١) من المشروع – المقابلة للمادة (٨٨٣) من قانون المرافعات – للمحكمة أن تأمر بإضافة الرسوم القضائية المستحقة كلها أو بعضها أو المصروفات على عاتق الخزانة العامة، وذلك بحسب ما يتراءى لها فى كل حالة.

النـــص المقـــابل

هو نص المادة (٨٨٣) الملغاة من قانون المرافعات:

رسوم الطلبات ومصاريف الإجراءات وأتعاب الخبراء والمحامين يلزم بها من رفض طلبه، وفى مسائل الولاية على المال وتصفية التركات، يجوز للمحكمة أن تلزم بها كلها أو بعضها عديم الأهلية أو الغائب أو الخزانة العامة أو التركة.

شـــرح المـــادة:

ثمة مغايرة بين ما أتى به نص المادة (٥١) والنص الملغى (٨٨٣) من قانون المرافعات، فالنص الحالى يخول للمحكمة أن تصدر أمرها بتحميل الخزانة العامة لكل أو بعض الرسوم أو المصاريف، تقديراً منه لكونه المعروض على المحكمة من مسائل الولاية على المال، وقد لا يكون خصومة بالمعنى القانونى للخصومة، ومن ثم فلا ينبغى إخضاعها للقاعدة

العامة التى تقضى بإلزام من خسر الدعوى بالمصروفات والرسوم القضائية، أما نص المادة الملغاة، فكان يقضى بأن للمحكمة أن تأمر بإضافة الرسوم أو المصاريف أو غيرها كلها أو بعضها إما على عديم الأهلية أو الغائب، أو الخزانة العامة أو التركة.

الباب الرابع
فـى
القرارات والأحكام والطعن عليها

تناول المشروع فى الباب الرابع بيان طبيعـة القـرارات والأحكـام التى تصدر فى مسائل الأحـوال الشـخصية – نفس ومـال – وتصرفـات الأوقاف، وطرق الطعن عليها وشروطها، وذلـك فـى المـواد مـن (٥٢) إلى (٦٤) وخص القرارات التى تصدر فى مسائل الولاية علـى المـال بأحكـام خاصة تناولتها المـواد مـن (٥٢) إلى (٥٦)، ثـم أفـرد بـاقى مـواد البـاب لقواعد الطعن فى الأحكام والقرارات بصفة عامـة، وفيمـا لم يـرد بشـأنه نص خاص بالمشروع تطبق القواعـد العامـة فـى قـانون المرافعـات المدنيـة والتجارية، إعمالاً للمادة الأولى من مواد الإصدار.

أولاً– فى إصدار القرارات

تناول المشروع القرارات التى تصدرها المحكمة فى مسائل الولاية على المال ومسائل الوقف فـى المـواد مـن (٥٢) إلى (٥٥) منـه، وهـو مـا نستعرضه من خلال المواد الآتية

المـادة (٥٢)

تسرى على القرارات التى تصدر فى مسائل الولايـة علـى المـال، القواعد الخاصة بالأحكام.

المذكرة الإيضاحية:

فجاءت المادة (٥٢) من المشروع، المقابلة للمادة (٨٨٥) من قانون المرافعات بحكم مؤداه سريان القواعد الخاصة على القرارات الصادرة فى مسائل الولاية على المال، وذلك منعاً لأى لبس بشأنها.

النـص المقابـل

هو نص المادة (٨٨٥) الملغاة من قانون المرافعات.

يسرى على القرارات التى تصدر فى مسائل الولايـة علـى المـال، ما نص عليه فى هذا الفصل من القواعد الخاصة بالأحكام.

شـرح المـادة

جاءت المادة (٥٢) بحكم مؤداه سريان القواعد الخاصة بالأحكـام على القرارات التى تصدر فـى مسـائل الولايـة علـى المـال، ويعنـى هـذا التسوية بين القرارات والأحكام بالنسبة للقواعد المنطبقة عليهما، مـع أن ثمة فرقاً بين الأحكام والقرارات من حيث الطبيعة الخاصة بكل منـهما، وفى هذا الخصوص فإن إشارة المشرع إلى الأحكام منعـاً للبـس إذا قرنـت بها القرارات التى تصدرها المحكمة فى مسائل الولاية علـى المـال، ولما كانت القواعد المنصـوص عليـها فـى هـذا البـاب بشـأن الأحكـام تسـرى بطبيعتها على القرارات المذكـورة، فقـد اقتضـى الأمـر وضـع نـص بـهذا المعنى إلا أن هذا اللبس يرتفع فى التنفيذ ولذلك وردت النصوص فى هذا

الباب جامعة للأحكام والقرارات معاً، وهذا السريان للقواعد الخاصة بالأحكام على القرارات مقصور على مواد الولاية على المال.

تطبيقات قضائية

وجوب تدخل النيابة العامة فى الأنزعة المتعلقة بالأحوال الشخصية م١ ق ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف، يستوى أن تكون الدعوى أصلاً من دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية أو دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة تتعلق بالأحوال الشخصية.

المـادة (٥٣)

يجـب علـى المحكمـة أن تـودع قلـم الكتـاب أسـباب القـرارات القطعية الصادرة فى مواد الحجـر والمسـاعدة القضائيـة والولايـة والغيبـة والحساب والإذن بالتصرف وعزل الوصى، والقرارات الصادرة وفقاً لحكم المادة (٣٨) من هذا القانون، وذلك من ميعاد ثمانية أيامٍ من تاريخ النطق بها إذا صدرت من محكمة جزئية، وخمسة عشر يومـاً إذا أصدرت مـن غيرها.

وفيما عدا ذلك من قرارات تصدر فى مسائل الولاية علـى المـال، يجوز للمحكمة تسبيب هذه القرارات أو الاكتفـاء بـالتوقيع علـى محضـر الجلسة المشتمل على المنطوق.

المذكرة الإيضاحية

وأفردت المادة (٥٣) من المشروع المقابلة للمادة (١٠١٨) من قانون المرافعات بياناً للقرارات القطعية التى يتعين على المحكمة تسـبيبها فـى مواد الولاية على المال، وتشمل ما يصدر منها فى مواد الحجر والمساعدة القضائية والولاية والغيبة والحساب والإذن بالتصرف – سواء للنائب أم للقاصر وعزل الوصى – وكذا جميع القرارات الصادرة وفقـاً للمـادة (٣٩) من المشروع وتشمل القرارات الصادرة بمنع المطلوب الحجر عليه أو الـولى أو وكيل الغائب من التصرف فى الأموال كلها أو بعضها أو تقييد سلطته فى إدارتها أو تعيين مدير مؤقت يتولى إدارة تلك الأمـوال، وفـى جميـع هذه الأحوال يتعين على المحكمة أن تـودع أسـباب هـذه القـرارات فـى ميعاد ثمانية أيامٍ من تاريخ النطق بها إذا صدرت من محكمة جزئية، أو خمسة عشر يوماً إذا صدرت من غيرها، وفيمـا عـدا ذلـك مـن القـرارات يجوز للمحكمة تسبيبها أو الاكتفاء بالتوقيع على محضر الجلسة المشتمل على المنطوق.

النص المقابل

هو نص المادة (١٠١٨) الملغاة من قانون المرافعات.

يجب أن تودع قلم الكتاب أسباب القرارات القطعية الصادرة فى مواد الحجر والمساعدة القضائية والولاية والغيبة والحساب والإذن بالتصرف سواء فيما تعلق الصغير أم المحجور عليه أم الغائب، وما يتعلق بالنائبين عن هؤلاء، وكذلك القرارات الصادرة وفقاً للمادة (٩٨٥) وذلك فى ميعاد ثمانية أيام من تاريخ النطق بها إذا صدرت من محكمة جزئية وفى ميعاد خمسة عشر يوماً فيما عدا ذلك.

ويكتفى فى القرارات الأخرى بالتوقيع على محضر الجلسة المشتمل على منطوقها.

وعلى قلم الكتاب إعلان الأشخاص الذين تجوز لهم المعارضة وفقاً للمادة (١٠٢١) بمنطوق القرار الصادر فى غيبتهم بعد إيداع أسبابه.

شرح المادة

حصرت المادة (٥٣) القرارات القطعية، التى يتوجب على المحكمة تسبيبها فى مسائل الولاية على المال، وهى القرارات الحاسمة بشأن مصير المشمول بالولاية، والمحافظة على أمواله، وذلك بإيداع المحكمة للأسباب قلم الكتاب، ومن بين هذه القرارات تلك المتعلقة بتوقيع الحجر وتقرير المساعدة القضائية ومباشرة الولاية ومسائل الغيبة، وصدور الإذن بالتصرف وعزل الوصى، وسلب الوصاية.

كما يشمل التسبيب من المحكمة القرارات الصادرة بمنع المطلوب الحجر عليه أو الولى أو وكيل الغائب من التصرف فى الأموال أو الحد من سلطته فى إدارتها أو تعيين مدير مؤقت لإدارة أموال المحجور عليه.

وقد حددت المادة مدة معينة لإيداع أسباب القرارات القطعية التي تصدرها المحكمة بشأن المشمولين بالحماية قلم الكتاب، خلال ثمانية أيام من تاريخ النطق بها متى صدرت من المحكمة الجزئية، أما إذا صدرت من محكمة أخرى فيجب على المحكمة أن تودعها قلم الكتاب خلال خمسة عشر يوماً.

هذا القيد بوجوب إيداع الأسباب يكون بالنسبة للقرارات القطعية، أما القرارات غير القطعية، في مواد الولاية على المال، فإن للمحكمة سلطة تقديرية في تسبيب هذه القرارات إذا رأت محلاً لذلك، وقدرت أهمية هذا التسبيب، ولها أن تكتفي بعدم تسبيب هذه القرارات والاقتصار على التوقيع على محضر الجلسة الثابت به منطوق القرار.

تطبيقات قضائية

وقد قضى بأن: مفاد نص المادة (١٠١٨) وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن القرار متى كان صادراً في مادة حجر من محكمة ابتدائية، فإن عدم إيداع أسبابه في ظرف الخمسة عشر يوماً المنصوص عليها بالمادة (١٠١٨) مرافعات، لا يترتب عليه بطلان القرار، ذلك لأن المشرع قد رأى في هذا الخصوص عدم الأخذ بحكم المادة (٢/٣٤٦) مرافعات المقابلة لنص المادة (١٧٥) من القانون الحالي، الخاص ببطلان الأحكام إذا لم تودع مسودتها في المواعيد المحددة لذلك، ولم يرد بالمادة (١٠١٨) نص على جزاء البطلان مماثل للنص الوارد في المادة سالفة الذكر.

نقض بجلسة ١٩٥٨/٥/١٥، السنة ٩ ص ٥٠١

المـادة (٥٤)

تكون القرارات الصادرة من محكمة أول درجة بصفة ابتدائية فى مسائل الولاية على المال واجبة النفاذ، ولو مع حصول استئنافها، عدا تلك الصادرة فى المسائل الآتية:

١- الحساب.

٢- رفع الحجر وإنهاء المساعدة القضائية.

٣- رد الولاية.

٤- إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة.

٥- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية.

٦- الإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب.

وللمحكمة المنظور أمامها الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً حتى يفصل فى الطعن.

المذكرة الإيضاحية

وحرصاً على استقرار الأوضاع فى مسائل الولاية على المال، وما تقتضيه من سرعة لحماية المعنى بالرعاية من ناحية، وحماية الغير الذى يتعامل معه أو مع نائبه من ناحية أخرى، فقد أوردت المادة (٥٤) من المشروع - المقابلة للمادة (١٠١٩) من قانون المرافعات - قاعدة عامة فى شأن نفاذ القرارات الصادرة بصفة ابتدائية فى تلك المسائل، مؤداها أنها تكون نافذة بقوة القانون ولو مع حصول استئنافها ولمحكمة الاستئناف أن تأمر بوقف تنفيذها مؤقتاً لحين الفصل فى الطعن، ويستثنى من هذه القاعدة بعض القرارات - نظراً لأهميتها - وتشمل القرارات الصادرة فى

مسائل الحساب ورفع الحجر وإنهاء المساعدة القضائية، ورد الولاية، وإعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف والإدارة، وثبوت الرشد بعد القرار الصادر باستمرار الولاية أو الوصاية لمن بلغ سن الرشد غير رشيد، والإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب، فإن تلك القرارات لا تكون واجبة النفاذ إلا بعد صيرورتها نهائية.

ألنص المقابل

هو نص المادة (١٠١٩) الملغاة من قانون المرافعات.

القرارات الصادرة من قاضى محكمة المواد الجزئية أو المحكمة الابتدائية واجبة النفاذ ولو مع حصول المعارضة أو الاستئناف، فيما عدا القرارات الصادرة فى المسائل الآتية:

١- الحساب.

٢- رفع الحجر والمساعدة القضائية.

٣- رد الولاية.

٤- إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه.

٥- ثبوت الرشد بعد القرار باستمرار الوصاية أو الولاية.

٦- الإذن للنائب عن عديم الأهلية أو وكيل الغائب بالتصرف.

ومع ذلك فللمحكمة المنظور أمامها المعارضة أو الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ حتى يفصل فى الطعن المرفوع إليها.

شـرح المـادة:

أودت المادة حكماً خاصاً بالنسبة للقرارات الصـادرة مـن محكمـة أول درجة فى مواد الولايـة علـى المـال، فاعتبرتـها واجبـة النفـاذ بقـوة القـانون، ولـو لم تكـن نهائيـة، بـأن حصـل استئنافها، وذلـك تقديـراً للمصلحة المحمية، وجدارتها بالرعاية، وعملاً علـى استقرار الأوضـاع، وثبات المراكز القانونية، وحماية الغير حسن النية، وعدم الإضرار به من جراء التعامل مع المشمول بالرعاية، مع عدم الإخلال بحق المحكمة فـى أن تصدر قرارها بوقف التنفيذ مؤقتاً ريثما يتم الفصل فى الطعن.

وقد استثنت المادة من وجوب النفاذ بقوة القـانون مسـائل معينـة على درجة من الأهمية والخطورة، وهـى تلـك المتعلقـة بالحسـاب ورفـع الحجر، وإنهاء المساعدة القضائية وإعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه بالتصرف أو الإدارة وثبوت الرشد بعد القرار الصادر بـالتصرف أو الإدارة وثبوت الرشد بعد القرار الصادر باستمرار الولاية أو الوصاية لمن بلغ سـن الرشد غير رشيد، والإذن بالتصرف للنائب عن عديم الأهليـة أو ناقصـها أو عن الغائب، فـإن هـذه القـرارات لا تكـون واجبـة النفـاذ إلا بعـد أن تصبح نهائية، بصدور حكم من محكمة الاستئناف فيها.

المادة (٥٥)

يكون قرار المحكمة نهائياً إذا صدر فى تصرفات الأوقاف بالإذن بالخصومة أو فى طلب الاستدانة أو التأجير لمدة طويلة أو تغيير المعالم، أو طلب الاستبدال أو بيع العقار الموقوف لسداد دين، إذا كان موضوع الطلب أو قيمة العين محل التصرف لا يزيد على خمسة آلاف جنيه.

المذكرة الإيضاحية

وتناولت المادة (٥٥) من المشروع، المقابلة للمادة (٣/٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الحالات التى يكون فيها القرار الصادر فى تصرفات الأوقاف نهائياً لا يقبل الطعن فيه وتشمل القرارات الصادرة بالإذن بالخصومة أو فى طلب الاستدانة أو التأجير لمدة طويلة أو تغيير المعالم أو طلب الاستبدال أو بيع العقار الموقوف لسداد دين، وذلك كله إذا كان موضوع الطلب أو قيمة العين محل التصرف لا يزيد على خمسة آلاف جنيه، وقد رفع النصاب إلى هذا الحد، بعد أن كان مائتى جنيه فى ظل نص اللائحة ليتواءم مع تغير قيمة العملة منذ عام ١٩٣١ تاريخ صدور اللائحة وحتى الآن، مع مراعاة أن مسائل الوقف تختص بنظرها والحكم فيها المحكمة الابتدائية فى جميع الأحوال.

النص المقابل

هو نص المادة (٣/٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

تختص - المحاكم الابتدائية - بالحكم النهائى فى قضايا الاستئناف الذى يرفع إليها فى الأحكام الابتدائية الصادرة من المحاكم الجزئية طبقاً للمادة السادسة.

ويكون قرارها فى تصرفات الأوقاف نهائياً فيما يأتى:

أ- الإذن بالخصومة.

ب- طلب الاستدانة إذا كان المبلغ المطلوب استدانته لا يزيد على مائتى جنيه مصرى.

جـ- طلبات الاستبدال وبيع العقار الموقوف لسداد دين.

والتحكير والتأجير لمدة طويلة، وتغيير المعالم إذا كانت قيمة العين الواقع عليها التصرف لا تزيد على مائتى جنيه مصرى.

ويكون قرارها ابتدائياً قابلاً للاستئناف فيما عدا ذلك.

فقــه المصطلحــات

يرد على الوقف الـذى هـو حبس العـين، وتسـبيل ثمرتـها، أو حبس عين للتصدق بمنفعتـها، تصرفـات تتعلـق بطريقـة اسـتغلاله، والانتفاع به بما يحقـق الغـرض منـه، ومـن بـين التصرفـات الحكـر، أو التأجير لمدة طويلة، والحكر هـو عقد إجارة يقصد بـه استبقاء الأرض الموقوفة فى يد المستأجر للبناء أو الغراس فيها مـادام يدفـع أجـر المثـل، فهو استغلال الأرض الموقوفة بتأجير لغرض معين لا لـمدة معينـة، أو هـو تمليك المحتكر حق البقاء والقرار فى الأرض المحكرة له مادام يدفع أجر مثلها[1].

أما الاستبدال وهو لازم للإبدال، فـهو شـراء عـين أخـرى تكـون وقفاً بدل العين المبيعـة، ويرتبـط الإبـدال بالاستبدال مـن حيـث إنـهما وجهان لعملة واحدة، فالإبدال هو بيـع العـين الموقوفـة وإخراجـها عـن

---

(1) عبد الوهاب خلاف، أحكام الوقف، ١٩٥٣، ص ١٨٦.

جهة الوقف[1] والاستبدال إحلال عين أخرى محلها وجعلها وقفاً يتيسر استغلالها والانتفاع بها.

والاستبدال جائز فى المذهب الحنفى، ولو لم يشترط الواقف الاستبدال لنفسه ولا لغيره، وصار الوقف بحال لا يمكن الانتفاع به فيها، كأن يخرب وليس له ما يعمر به، أو تصير الأرض سبخة لا تخرج غلة تزيد على مؤنتها، فالاستبدال فى هذه الحال جائز، ولكن لابد من إذن القاضى؛ لأنه هو الذى يقدر ذلك، وذلك هو رأى الكثرة الكبرى من فقهاء الحنفية، فقد جاء فى فتاوى الطرسوسى: سئل شمس الأئمة الحلوانى عن أوقاف المسجد إذا تعطلت، وتعذر استغلالها؟ هل للمتولى أن يبيعها ويشترى مكانها أخرى؟ قال: نعم، قيل إن لم تتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ويشترى ما هو خير منها، هل له أن يبيعها؟ قال: لا، ولقد روى عن محمد جواز الاستبدال فى هذه الحال أى حال التعطل وعدم وجود غلة، وهذا نص ما جاء فى فتاوى الطرسوسى، أيضاً وروى عن محمد: أنه إذا ضعفت الأرض الموقوفة والقيم يجد بثمنها أرضاً أخرى أكثر ريعاً، له أن يبيع هذه الأرض ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعاً، وفى المنتقى، قال هشام: "سمعت محمداً يقول فى الوقف: إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين، فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره، وليس ذلك إلا للقاضى، وإذا خرجت الأرض الموقوفة وأراد القيم أن يبيع بعضها ليرمم الباقى بثمن ما باع فليس له ذلك"[2].

وبذلك يكون المناط فى الحكر والاستبدال تحقيق استغلال أو انتفاع أمثل للعين الموقوفة، فى نطاق احترام إرادة الواقف فيها وقصد وجه الخير فيها، وهو ما ينبغى أن يكون حاكماً لكل التصرفات

1- محمد أبو زهرة: محاضرات فى الوقف، ص ١٤٥.
2- أنفع الوسائل، ص ١١٢.

الحاصلة على الوقف، من طلب الاستدانة أو تغيير المعالم أو بيع العقارات الموقفة لسداد دَين، فإنها تصرفات جائزة للضرورة، لتلافى ما يترتب على عدم التصرف من إضرار بها، والضرر ممنوع بالقاعدة: لا ضرر ولا ضرار.

شرح المادة

عددت المادة الحالات التى تكون فيها قرارات المحكمة بشأن التصرفات فى الأوقاف نهائية، وهى الإذن بالخصومة واتخاذ الإجراءات المطلوبة فيها وطلب الاستدانة بمبلغ لا يزيد على خمسة آلاف جنيه والتحكير، وهو التأجير لمدة طويلة وتغيير المعالم وطلب الاستبدال وبيع العقار الموقوف سداداً لدين فيما لا يزيد عن خمسة آلاف جنيه.

وقد وضعت المادة قيداً مالياً مؤداه أنه لا يجوز أن يتجاوز قيمة المبلغ الوارد عليه التصرف علي خمسة آلاف جنيه، مراعاة لاعتبار تغير قيمة العملة، بما أصبح معه مبلغ المائتى جنيه الذى نص عليه فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية غير متناسب مع التغير الحاصل فى قيمة العملة حالياً، وحرصاً على استقرار التعامل فى الوقف، وثبات المراكز القانونية والمحكمة المختصة بنظر الوقف وما يتعلق به، هى المحكمة الابتدائية.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن الوقف شخصية مستقلة عن الناظر وعن المستحقين وثمرة أعيانه مملوكة له يستوفى هو منها ما يلزم للمحافظة على كيانه، من أموال الجهة الحكومية وترميم فى الأعيان وإصلاح فيها مما فيه دوام لها ولمفنعتها، وما فضل بعد ذلك هو الواجب توزيعه على أصحاب المنفعة من المستحقين، أشخاصاً بأعيانهم كانوا أو جهات بر، ولا شيىء

للمستحقين إلا فيما فاض من الغلة بعد المصاريف وتوفية تلك الاستحقاقات المعروفة بالبداءات، وعلى ذلك فليس لدائن المستحق فى الوقف أن يعمد إلى المحصولات الزراعية الناتجة من أرض الوقف، فيحجز عليها فى مخازن الوقف حجزاً تنفيذياً على اعتبار أنها مملوكة ملكاً خاصاً لمدينة، فإن حجز عليها كذلك فحجزه باطل.

نفض رقم ٣٢/٢٦ ق ، فى ١٩٦٦/٣/١٦

وقضى بأن المأذون بالخصومة عن الوقف غير مسلط عليه؛ لأن مهمته قاصرة على اتخاذ الإجراءات المأذون له فيها، وإذ كان هذا الطعن مرفوعاً من المأذون بالخصومة الذى اقتصرت المحكمة المختصة على إذنه بالسير فى الاستئناف، فإنه يكون غير مقبول لرفعه من غير ذى صفة.

نقض رقم ٣٦/١٦ ق ، فى ١٩٧٠/١١/٢٥.

وقضى بأنه: إذا أذن القاضى باستبدال الوقف، فإن الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقاً على شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة، بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسى عليه المزاد، فإن التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية، ولا يكون للراسى عليه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية له وأوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلى هذا الغير أن يرجع على وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق طبقاً لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض على أساس فسخ العقد، ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا على عقد كان له وجود.

نقض ٢٦/٢٦٨ ق ، فى ١٩٦٣/١/١٧

وقضى بأنه يشترط فى إنهاء الوقف – وفقاً للمادة ١٨ من القانون ١٩٤٦/٤٨ أن يكون الإنهاء من المحكمة بناء على طلب ذوى الشأن وهو من تكون لهم الملكية إذا تقرر هذا الإنهاء، ومقتضى ذلك أن الدعوى التى ترفع بالطعن فى قرار الإنهاء وبطلب بطلانه، لا يصح أن يختصم فيها غير هؤلاء، وإذا كان المشترى للعقار الموقوف لا تتوافر فيه هذه الصفة، فإنه لا يلزم اختصامه فى دعوى البطلان.

نقض ٢٧/١٦١ ق ، فى ١٩٦٢/١٢/١٣

وقضى بأن اقتصار المادة ٦٣١ من القانون المدنى على تقرير أن إجارة الوقف بالغبن الفاحش لا يصح، دون أن تبين مسئولية ناظر الوقف عن هذا الغبن، كما خلت المواد الأخرى الواردة فى القانون المدنى من الباب الخاص بإيجار الوقف من تحديد هذه المسئولية؛ لأن موضعها خارج عن نطاق هذا الباب.

نقض ٣٤/٣٨٤ ق ، فى ١٩٦٨/٤/٢٥

وقضى بأن الاحتكار من وضع فقهاء الشرع الإسلامى، وهو عندهم: عقد إيجار يعطى للمحتكر حق البقاء والقرار على الأرض المحكورة مادام يدفع أجرة المثل، وتقدير أجرته يكون أولاً: على اعتبار أن الأرض حرة خالية من البناء. ثانياً: لا يلاحظ فيه سوى حالة الصقع – أى الجهة والناحية – الذى فيه الأرض المحكورة ورغبات الناس فيها، وأن يصرف النظر عن التحسين اللاحق بذات الأرض أو بصقع الجهة بسبب البناء الذى أقامه المحتكر.

نقض ٨/١ ق ، فى ١٩٣٨/٤/٢١

وقضى بأنه: لما كانت الشريعة تقضى بأنه إذا خرب البناء المحتكر أو جف شجره، ولم يبق لهما أثر فى أرض الوقف، ومضت مدة الاحتكار، فإن الأرض تعود إلى جهة الوقف، ولا يكون للمحتكر ولا لورثته حق البقاء وإعادة البناء، وبأنه إذا لم يكن الانتفاع بالعين المؤجرة، فإن العقد ينفسخ وتسقط عن المحتكر أجرة المدة الباقية، لما كان ذلك، وكان نزع ملكية الأرض المحكورة هى وما عليها من بناء للمنفعة العامة يترتب عليه حتماً أن يفسخ عقد الاحتكار، ويسقط ما كان للمحتكر من حق البقاء والقرار، ولا يكون له إلا ثمن بنائه، أما الوقف فيكون له ثمن الأرض.

نقض ٩/٦٣ ق ، فى ١٩٤٠/١/١١

وقضى بأن: ما تشترطه المادة (١٠٠٤) من القانون المدنى القائم لقبول طلب تعديل أجر الحكر مضى ثمانى سنوات على آخر تقدير هو حكم مستحدث، وليس فى أحكام الشريعة الإسلامية، ولا فى القواعد التى قررها الفقه والقضاء قبل صدور هذا القانون ما كان يقيد طلب تصقيع الحكر بوجوب مضى مدة معينة على آخر تقدير، بل إن ما تقضى به أحكام الشريعة هو أن المحتكر تلزمه الزيادة كلما زادت أجرة المثل زيادة فاحشة، ولقد كان المقرر فى ظل القانون المدنى الملغى أن تقدير ما إذا كان التغيير الذى طرأ على أجرة المثل بلغ الحد الذى يبرر طلب الزيادة أو لم يبلغه من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع.

نقض ٢٩/٣٨٢ ق ، فى ١٩٦٤/٤/١٦

ثانيا : الطعن فى الأحكام والقرارات

تناول المشرع فى المــواد مـن (٥٦) إلى (٦٤) بيـان طـرق الطعـن فـى الأحكام، والقرارات الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية – نفس ومال – وتصرفات الأوقاف ،ومواعيد وإجراءات الطعن وأثره ،وسلطة المحكمة المنظور أمامها الطعن ،فضلا عـن تنظيـم بعـض الحـالات الخاصـة وفقـا لأحكام الشرع القانون .

المادة (٥٦)

طرق الطعن فى الأحكام والقـرارات المبينـة فـى هـذا القـانون ،هـي الاستئناف والنقض والتماس إعادة النظر .

وتتبع فيمـا لم يـرد بـه حكـم خـاص _فـى المـواد الآتيـة القواعـد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية .

المذكرة الإيضاحية

فحـدد نـص المـادة (٥٦)مـن المشـروع طرق الطعـن فـى الأحكـام والقرارات – الصادرة فى مسائل الولاية علي النفس أو الولاية علي المـال أو فى تصرفات الأوقاف – بالاسـتئناف والتمـاس إعـادة النظـر والنقـض _وتتبع فى شأنها القواعد والإجراءات الواردة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى ما يرد به حكـم خـاص فـى المـواد مـن (٥٧)إلي (٦٤)مـن المشروع ومؤدي ذلك النص أنه تم إلغاء طريق الطعن بالمعارضة ،سواء فى مسـائل الولايـة علـي النفـس الـذي كـانت تنظمـه المـواد مـن (٢٨٩)إلي (٣٠٣)والمـادتين (٣٢٥)و(٣٢٦)مـن لائحـة ترتيـب المحـاكم الشـرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ ،أو فى مسائل الولاية علي المال الذي كـانت تنظمـه المـادة(١٠٢١)مـن قـانون المرفعـات .إذ كشـف الواقع مساوئ هذا الطريق من طرق الطعن وما كان يترتب عليه من إطالة أمد النزاع وزيادة اللدد فى الخصومة، وهو ما حدا بالمشروع لإلغائـه فـى قانون المرافعات، ولا شك أنه أولى بالاتباع فى مسائل الأحوال الشخصية نظرا لطبيعتها الخاصة

فقه المصطلحات

طرق الطعن فى الأحكام، هى وسائل التظلم التى رسمها القـانون ليمكن بها المحكوم عليه من الاعتراض على الحكم الصادر ضده، بقصـد الوصول إلى إبطاله أو إلغائه أو تعديله لمصلحته.

وقد حصر القانون طرق الطعن فـي الأحكام. بالطريق العـادي، هما المعارضة فى الأحوال التى مازالت جائزة فيها - وهى غير جائزة فى القانون محل الدراسة والاستئناف. وهناك الطعن فى الأحكام والقـرارات بالطريق غير العادي، وهما التماس إعادة النظر والنقض.

وقد اشترط القانون شروطا معينـة ، يجـب توافرهـا فـى الطـاعن والمطعون عليه.

شروط الطاعن:

١- أن يكون طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم.

٢- أن يختصم بنفس الصفة التى اعتد بها قبل صدور الحكم.

٣- أن تتوافر له مصلحة فى الطعن.

٤- ألا يكون قد قبل الحكم صراحة أو ضمنا.

شروط المطعون ضده:

١- أن يكون طرفا فى الخصومة التى صدر فىها الحكم.

٢- أن يختصم بذات صفته التى كانت له قبل صدور الحكم.

٣- أن يكون قد أفاد من الوضع القانونى المطعون فيه.

٤- ألا يكون قد تنازل عن هذه الفائدة، أي تنازل عن الحكم الصادر له[1]

الاستئناف: هو الطريق العادي للطعن فى الأحكام الابتدائية، يرفـع إلى محكمة أعلى، ويقصد به تجديد النزاع أمامها، والتوصل بذلك إلى إلغـاء الحكم المطعون فيه أو تعديله. ويسمى الطاعن مسـتأنفا، ويسـمى خصمـه

---

١ - نفس المرجع، ص ٨٥٦.

مستأنفا عليه. وتطبيقا لمبدأ التقاضى على درجتين، فإن القاعدة، هى أن جميع الأحكام خلاف ذلك. وقد رأينا أن هناك بعض الأحكام لا تقبل الطعن، كما هو الشأن فى الخلع، وبعض القرارات فى مواد الولاية على المال.

ويترتب على رفع الاستئناف طرح النزاع المرفوع عنه الاستئناف إلى محكمة الدرجة الثانية، لتفصل فيه من جديد، ولها مخل ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة فى هذا الصدد، فهى تبحث وقائع الدعوى، وتقوم باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات، وتعيد تقدير الوقائع من واقع ما قدم إليها من مستندات ومن دافع الخصوم، ثم هى أخيرا تطبق القواعد القانونية التى تراها صحيحة على وقائع الدعوى[1]

التماس إعادة النظر:

الالتماس طريق من طرق الطعن غير العادية يلجأ إليها الخصم فى بعض الأحوال للحصول على حكم بنقض حكم انتهائي من المحكمة التى أصدرته ، ليتمكن من السير فى النزاع من جديد أمام نفس المحكمة.

ويتميز الالتماس عن طرق الطعن العادية، بأنه ليس مقصودا به إصلاح الحكم الذي يتظلم منه الخصم، وإنما يرمى إلى محو الحكم ذاته ليعود مركز الملتمس فى الخصومة إلى ما كان عليه من قبل صدوره، ويتمكن بذلك من مواجهة النزاع من جديد، والحصول على حكم آخر ، بعد أن تخلص من قوة الشيء المقضى به [2]

مصطفى هرجة ، الموسوعة القضائية ، جـ٢ ،صـ٦ ، أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام فى قانون المرافعات ، ص ٧١٠

محمد عشماوى، قواعد المرافعات، ص٢، ص٩١٨.

النقض:

طريق غير عادي مـن طـرق الطعـن فـى الأحكـام يطعـن بـه فـى الأحكام الإنتهائية أمام محكمة النقض، بسبب مخالفـة الحكـم المطعـون فيه للقانون.

وأسباب الطعن بالنقض محددة على سبيل الحصر فـى القـانون، وهى:

١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة للقـانون أو خطـأ فـى تطبيقه أو تأويله.

والحق يقال أن مخالفة القانون والخطأ فـى تأويلـه والخطـأ فـى تطبيقه، إنما هى صور ثلاث لحالة واحدة، هى الخطأ فى القـانون إذ لا يختلف الخطأ فى تأويل القانون عن مخالفته، إلا فى أن مخالفة القانون إذ تكون بإغفال العمل بنص من نصوصه الصريحة التي لا تقبل جدلا فى معناها ولا فى وجـوب تطبيقـها علـى وقـائع الدعـوى. وأن الخطـأ فـى التأويل يكون بإساءة فهم المعنـى الصحيـح لنصـوص القـانون أو مخالفـة إرادة الشارع المستفادة من روح التشريع وحكمته والغـرض المقصـود منـه. وأما الخطأ فى تطبيق القانون فيكون بـالعمل بحكـم فيـه لاينطبـق علـى وقائع دون الحكم الواجب العمل به[1]

شرح المادة

حصـرت المـادة طـرق الطعـن فـى الأحكـام والقـرارات، المتعلقـة بالأحوال الشخصية سواء فى مواد الولايـة علـى النفس أو الولايـة علـى المال، أو فى تصرفات الأوقاف، فى الطرق الثلاثة التى نص عليها قانون المرافعـات المدنيـة والتجاريـة، وهـى الاسـتئناف والتمـاس إعـادة النظـر

١- المستشار مصطفى هرجة، مرجع سابق ،ص٣٣٢

والنقض، أسوة بالحاصل فى المسائل المدنية والتجارية، بحسان أن مسائل الأحوال الشخصية، هى امتداد للمسائل المدنية، أو من نوعها وعلى شاكلتها، ومن طبيعتها، مما ينطبق عليها طرق الطعن فيها، وعلى اعتبار أن هذه المسائل جميعا يحكمها نظام قضائي واحد وكانت خاضعة فى إجراءاتها ونظامها القضائى بالكلية لقانون المرافعات، ولائحة ترتيب المحاكم الشرعية حتى جاء القانون الحالى لتيسير إجراءات التقاضى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية بإفراد مواد الأحوال الشخصية بإجراءات خاصة بها، كل هذه الخصوصية لا تنفى أن هذه القواعد الإجرائية للأحوال الشخصية، قد خرجت من رحم قانون المرافعات. وتبنت فلسفته، فلا تعدو أن تكون عند التحقيق فرعا لأصل ، جزء من كل، يؤكد ذلك ، ما جاء فى المادة الأولى من مواد الاصدار فى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ موضع الدراسة من أنه يطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وأحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات. وما ورد فى نص المادة الماثلة، فى أنه تتبع - فيما لم يرد به حكم خاص فى المواد الآتية القواعد والإجراءات المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وإزاء ذلك ، فقد كان من الطبيعى أن تستبعد المادة طريق الطعن بالمعارضة فى مسائل الأحوال الشخصية، لأن القانون الحالة، يعتنق نفس نهج قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويتسق معه ويتكامل به، ولأمر آخر ، هو تحقيق الغرض من إصدار قانون خاص بالإجراءات فى المواد الأحوال الشخصية بما يعمل على التيسير والتبسيط ، وينأى عن الإطالة والتعقيد فى الإجراءات توصلا إلى حصول كل ذى حق على حقه، فى وقائع ومنازعات ذات طبيعة شخصية، وظروف خاصة.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى أن الطعن فى الحكم شرطة أن يكون الطاعن طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه - عدم جوازه لغيره، ولو كان الحكم قد أضربه حسب إنكار حجته عليه.

نقض رقم ١٥١٧/٥٧ ق ، جلسة ١٩٩٢/٧/١٥

- وقضى بأن الأصل فيمن يختصم فى الطعن أن يكون اختصامه بذات الصفة التى كان متصفا بها فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه، كفاية أن يرد عنها بصحيفة فى أي موضع منها ما يفيد ذلك الدفع بانعدام صفة الخصم، عدم تعلقه بالنظام العام

نقض رقم ٢١٧٤/٥٥ق جلسة ١٩٩٢/٣/١٨ .

- وقضى بأن أساس المصلحة فى الطعن يكون فى الضرر الذي يحمله الحكم فى مواجهة الطاعن سواء فى قضاء الحكم على الطاعن بشيء ما أو برفض كل أو بعض طلباته أو فى عدم أخذ الحكم بدفاعه، وذلك أيا كان مركز المحكوم عليه فى الدعوى، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه أو متدخلا بأي صفة كانت.

نقض رقم ١٩٨/٤٨ق فى ١٩٨١/١/١٩

- وقضى بأن عدم جواز استئناف أحكام محاكم الدرجة الأولى، لنهايتها شرطه صدورها وفقا لقواعد الاختصاص القيمى المتعلقة بالنظام العام، صدورها بالمخالفة لتلك القواعد. عدم جواز التحدى بنهائيتها وبعدم جواز استئنافها لغير حالات البطلان.

نقض رقم ٣١٢/٥٧ق ، فى ١٩٨٨/٤/٢٧ " هيئة عامة"

- وقضى بأن استئناف الحكم المنهي للخصومة أثره، اعتبار جميع الأحكام السابق صدورها فى الدعوى قطعية كانت أو متعلقة بالإثبات مستأنفة معه حتما، ما لم تكن قد قبلت صراحة، ولو كانت صادرة لصالح المستأنف.

نقض رقم ٥٣/٣٥١ق ، فى ١٩٨٣/١٢/٢٠

- استئناف الحكم المنهى للخصومة أمام المحكمة، يستتبع طرح الإدعاء بالتزوير على محكمة الاستئناف.

طعن رقم ٤٧/١١٠٦ق ، جلسة ١٩٧٩/١١/٢٩

- وقضى بأن : مباشرة المحامى للإجراء قبل صدور التوكيل ممن كلفه به، عدم جواز اعتراض الخصم بأن الوكالة لم تكن ثابتة قبل اتخاذ الإجراء.

نقض رقم ٥٦/١٤٥١ق ، فى ١٩٩٤/١/٦

- الاستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية إلا بالنسبة لما دفع عنه الاستئناف فقط، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تفصل فى أمر غير مطروح عليها، ولا أن تسيء إلى مركز المستأنف بالاستئناف المرفوع منه.

نقض رقم ٥٥/١١٤٤ق ، فى ١٩٨٨/١١/٢٤

- وقضى بأن المحكمة وهى تنظر خصومة التماس إعادة النظر، يتعين عليها أولا ، ومن تلقاء نفسها أن تتحقق من أن الطعن بالالتماس قد رفع فى ميعاده صحيحا من ناحية الشكل، ومتعلقا بحكم انتهائى مبنيا على إحدى الأسباب التى وردت على سبيل الحصر، بنص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات، وعليها ومن تلقاء نفسها أن تقضى بعدم قبول

الالتماس إذا ما ظهر لها أنه لم يبن على سبب من الأسباب التى حددها القانون.

نقض رقم ٥٧/٨٨٨ق ، رقم ٥٨/١٤٥٤ق ، ١٩٩٣/٢/٢١

- التناقض المبطل للحكم، ماهيته - التناقض فى المنطوق وجه لالتماس إعادة النظر.

نقض رقم ٥٤/١٢٨٤٨ق ، فى ١٩٨٨/٢/٤

- وقضى بأن عدم تضمين الحكم ما يفيد أن المحكمة قد محصت الأدلة التي قدمت لها وحصلت منها ما يؤدى إلى النتيجة التي بنت عليها قضائها ، أثره، بطلان الحكم.

نقض رقم ٥٢/٢٤٤ق ، فى ١٩٨٣/١١/٢٤

- وقضى بأنه : إذا بنى الحكم على خلاف الثابت بأوراق الدعوى تعين نقضه"

نقض رقم ١٥/٤٧ق ، فى ١٩٤٦/٣/٧

- وقضى بأنه : إذا أقيم الحكم على واقعة لا سند لها فى أوراق الدعوى تعين نقضه.

نقض رقم ١٥/٥٢ق ، فى ١٩٦٧/١/٤

- وقضى بأن: الطعن على الحكم بالنقض لمخالفته حجية حكم سابق، جوازه سواء دفع أمام محكمة الموضوع بتلك الحجية أم لم يدفع.

نقض جلسة ١٩٧٣/٣/٢٤ ، لسنة ٢٤، ص ٤٨٣.

المادة (٥٧)

يكون للنيابة العامة فى جميع الأحوال الطعن بطريق الاستئناف فى الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها. ويتتبع فى الطعن الأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المذكرة الإيضاحية.

وأكدت المادة (٥٧) من المشروع– المقابلة للمادة (٢) من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض إجراءات التقاضى فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف - على حق النيابة العامة فى الطعن بطريق الاستئناف على الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها، على نحو ما هو وارد بالمادة (٦) من المشروع ويتبع فى شأن هذا الطعن الأحكام الواردة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية دون ما كانت تنص عليه المواد (٨٧٠، ٨٧٥، ٨٧٧) من ذلك القانون من إجراءات ومواعيد خاصة للطعن على الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية.

النص المقابل

هو نص المادة (٢) من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥:

فى الأحوال التى يجوز فيها استئناف الأحكام والقرارات الصادرة فى القضايا المشار إليها فى الفقرة الثانية من المادة السابقة، يجوز للنيابة العامة الطعن بهذا الطريق طبقا لما نص عليه فى المادتين ٨٧٥، ٨٧٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

شرح المادة

بموجب ما نصت عليه المادة، فإن للنيابة العامة الطعن بطريق الاستئناف على الأحكام والقراءات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها.

وحيث إن النيابة العامة ملزمة بأن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التى تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وفقا لما تنص عليه المادة (٦) من هذا القانون، وإلا كان الحكم باطلا، ومن ثم يكون من حقها الطعن بطريق الاستئناف على الأحكام والقرارات الصادرة فى هذه الدعاوى.

كذلك فإنه يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية، وفقا للمادة (٦) من القانون، الأمر الذى يجيز لها أيضا أن تطعن بطريق الاستئناف فى الأحكام والقرارات الصادرة فى هذه الدعاوى.

ويسرى بالنسبة للطعن بطريق الاستئناف فى الأحكام والقرارات الصادرة فى الدعاوى التى يوجب القانون أو يجيز تدخل النيابة العامة فيها، الأحكام التى نص عليها قانون المرافعات المدنية والتجارية، توحيدا لمواعيد وطرق الطعن، واتساقا بين الإجراءات فى المسائل المدنية والتجارية، ومسائل الأحوال الشخصية.

المادة (٥٨)

تنظر المحكمة الاستئنافية الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط. ومع ذلك يجوز مع إبداء طلبات جديدة بشرط أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالا لا يقبل التجزئة.

وفي الحالتين تلتزم المحكمة الاستئنافية بمنح الخصم أجلا مناسبا للرد على الأسباب أو الطلبات الجديدة.

المذكرة الإيضاحية

وتناول المشروع في المادة (٨٥) المقابلة لبعض أحكام المادتين (٣١٧، ٣٢١) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادتين (٢٣٢، ٢٣٥) من قانون المرافعات، بيان نظر الدعوى أمام محكمة الاستئناف وما يجوز إبداؤه أمامها من طلبات. وقد تضمن النص خروجا على حكم الفقرة الأولى من المادة (٢٣٥) من قانون المرافعات ، والمادة (٣٢١) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، بأن أجاز للخصوم إبداء طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف، شريطة أن تكون مكملة للطلبات الأصلية أو مترتبة عليها أو متصلة بها اتصالا لا يقبل التجزئة. وقصد بذلك مسايرة الاتجاهات الحديثة التي تهدف إلى الاقتصاد في الخصومة، وهو ما يتفق مع طبيعة خصومة الأحوال الشخصية للتيسير على أطرافها، وتجنيبهم مشقة الوقت والجهد والمال بتكليفهم بإقامة دعوى مبتدأه بالطلبات، حال أن أصل النزاع مطروح على المحكمة، ومردد بين ذات الخصوم، وقد تجلت لها أسباب، فتكون الأقدر على الفصل فيه، دون تقطيع أوصال النزاع بين محاكم متعددة، وما يترتب على ذلك من ضياع حقوق هي أولى بالرعاية، إلا أنه احتراما لمبدأ المواجهة بين الخصوم فقد التزمت الفقرة الأخيرة من المادة المحكمة في

حالـة إبـداء الطلبـات الجديـدة أو تغيـير أسـباب الطلبـات الأصليـــة أو الإضافة لها، أن تمنح الخصم أجلا مناسبا للرد عليها، وهو مــا يقتضـى وجوب إعلانه بها إذا أبديت فى غيبته.

النص المقابل

هما نص المادتان ٢٣٢، ٢٣٥ من قانون المرافعات:

م ٢٣٢ تنص علـى أن الاسـتئناف ينقـل الدعـوى بحالتـها التـى كـانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاسـتئناف فقـط.

م٢٣٥ تنص على أن: لا تقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف، وتحكـم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها.

ومع ذلك يجوز أن يضـاف إلى الطلـب الأصلـى الأجـور والفوائـد والمرتبات وسائر الملحقات التى تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى، وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبــات وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلـى علـى حالـه، تغيـير سـببه والإضافة إليه.

ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضــات إذا كـان الاسـتئناف قـد قصد به الكيد.

فقه المصطلحات

تشـير المـادة بفقراتـها بعـض المصطلحـات المعروفـة فـــى قـــانون المرافعات، يقتضى الأمر تحريرها، وتحديد مدلولها.

فمن المصطلحات التى أثارتها المادة، الأثر الناقل للاستئناف ومؤداه نقـل الدعوى بحالتها التى كانت عليها أمـام محكمـة أول درجـة إلى محكمـة ثانى درجة لتفصل فيه من جديد، ولها كل مـا لمحكمـة الدرجـة الأولى

من سلطة فى هذا الصدد، فهى تبحث وقائع الدعوى، وتقوم باتخاذ ما تراه من إجراءات الإثبات، وتعيد تقدير الوقائع من واقع ما قدم إليها من مستندات، ومن واقع دفاع الخصوم، ثم أخيرا تطبق القواعد القانونية التى تراها صحيحة على وقائع الدعوى[1].

أن الأثر الناقل للاستئناف لا يكون إلا فى حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط. وهذا يعنى أن سلطة المحكمة الاستئنافية إزاء القضية لا تتعدى ما تناولته عريضة الاستئناف من أوجه المنازعة، لأن القاعدة أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط. فإذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد فصلت فى عدة طلبات ورفع الاستئناف عن بعض ما حكم به دون البعض الآخر، امتنع على المحكمة أن تنظر فى غير الطلبات التى رفعت إليها.[2]

ومن المصطلحات التى أثارتها الفقرة الثانية، الطلبات، الطلب الأصلى،والطلب العارض، وسبب الدعوى. فبالنسبة للطلب فهو الطلب الرئيسى الذى يتمسك به صاحب الشأن ومن أجله رفع دعواه، يكون مطروحا على محكمة أول درجة.

والطلب الجديد هو الطلب الذى يختلف عن الطلب الأصلى فى موضوعه أو أطرافه أو سببه. وعلى ذلك يعد طلبا جديدا الطلب الذى يزيد أو يختلف عن الطلب الأصلى أو الطلب الذى يوجه إلى شخص لم

1- أحمد أبو الوفا مرجع سابق، ص٨٥٦.

2- م. مصطفى هرجة ، مرجع سابق، ص٢٢٩.

يكـن مختصـا أمـام محكمـة الدرجـة الأولى، ولـو كـان هـو ذات الطلـب المرفوعة به الدعوى أمام المحكمة.[1]

أما سبب الدعوى فهو الواقعة أو الوقائع أو الحجج القانونية، أو هو بقول بعض الفقه السبب هو المبدأ القانونى الذى يرتكـز عليـه النص الذى يتمسك به المدعى أو هـو القـاعدة القانونيـة المثـارة أو هـو الأسـاس القانونى للطلب.

والمقصود بـالطلب: الطلـب القضـائى التـى يطلـب الخصـوم مـن المحكمة بطريق الدعوى الأصلية أو بطريق الطلـب العـارض، أن تفصل فيها بحكم تصدره سواء حكم إلزام أو حكما مقررا أو حكما منشئا حماية للحق أو المركز القانونى الذى تستهدفه دعواه.

شرح المادة

تقرر المادة فى فقرتها الأولى القاعدة المستمرة فى قانون المرافعـات بصدد الاستئناف وهى أن محكمة الاستئناف تنظر الدعوى بحالتها التى كانت عليها قبل صدور الحكـم المسـتأنف فـى خصـوص مـا رفـع عنـه الاستئناف فقط وهى القاعدة التى أكدتها محكمة النقض بقولها:

يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع فى حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية وإعـادة طرحـه، وكـل مـا اشـتملت عليه من أدلة وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيها بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع القانونيــة والواقعيـة علـى السـواء. وإذا كـان كـل مـن المسـئول أو المضرور قد استأنف الحكم الصادر بالتعويض، فإن لازم ذلك أن تتصـدى المحكمة الاستئنافية لكل عنـاصر الـنزاع، ومـن بينـهـا مقـدار التعويـض المحكوم به.

---

[1] - جلال صعد عثمان، المشكلات العملية فى اجراءات التقاضي فى الأحوال الشخصية ص ٣٨٠

نقض رقم ١٨٠٦/٥١ق ، فى ١٩٨٦/١٢/٢٢

ومع ذلك فقد جاءت الفقرة الثانية بحكم جديد خرجت به على ما أوردته المادة (٢٣٥) من قانون المرافعات عندما أجازت للمتقاضين إبداء طلبات جديدة، لم يسبق إبداءها أمام محكمة أول درجة ، شريطة أن تندرج ضمن حالة من الحالات الثلاث:

١- أن تكون الطلبات الجديدة مكملة للطلبات الأصلية، وامتداد لها، بمعنى أ، يكون الطلب المبدى متمم للطلب الأصلى،أو لا حق له أو داخل فى نطاقه متسق معه، ليس متنافرا ولا نشازا عن الطلب الأصلى.

٢- أن تكون الطلبات الجديدة، مترتبة على الطلبات الأصلية، ولازمة لها، وأن يصنف الطلب الجديد كأثر للطلب الأصلى،نتيجة متمخضة عنه.

٣- أن تكون الطلبات الجديدة متصلة بالطلبات الأصلية اتصالا لا يقبل التجزئة، ولا يجرى عليه الانفكاك،وهو ما يعنى الارتباط العضوى بين نوعى الطلب الأصلى والجديد، بحيث يكونان معا وحدة واحدة.

أما الشطر الأول من هذه الفقرة، فقد أجاز للخصوم مع إبقاء الطلبات الأصلية على حالها تغير أسبابها وكذا الإضافة لها، وهى مكنة توفق بين مبدأى المحافظة على ثبات القاعدة المقررة وإضفاء المرونة فى ذات الوقت، بإتاحة الفرصة بتغير أسباب هذه الطلبات أو الإضافة إليها، وهو أمر يكشف عن أهميته وجدواه الضرورات العملية، وانتقال القضية وتداولها أمام محكمة الاستئناف.

وقد ألزمت الفقرة الثالثة من المادة المحكمة بأن تمنح الخصوم أجلا مناسبا للرد على الأسباب التي جرى تغييرها، أو إضافتها، وكذا فى حالة إبداء طلبات جديدة، من منطلق حق الخصوم فى إبداء دفاعهم

فى مواجهة هذه الأسباب وتلك الطلبات، حيث إن ما أبداه الخصم من أسباب أو طلبات، هو متغير جديد، يتطلب تمكين الخصم الآخر من الرد عليها، والقول بغير ذلك يعد اخلالا بحق الدفاع، الأمر الذى يفرض على من أبدى هذه الأسباب وتلك الطلبات إعلان الخصم الآخر بها، متى أبديت فى غيبته، بما ليتسنى له العلم بها، ليتمكن من الرد عليها. والواقع أن الموضوع برمته يستهدف التيسير على أطراف الخصومة دون إخلال بمتطلبات العدالة، وتحقيق المساواة بين الخصوم.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن الاستئناف، أثره نقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية فى حدود الطلبات التى فصلت فيها محكمة أول درجة، وما أقيمت عليه من أسبا طالما لم يتم التنازل عنها، م ٢٣٢ مرافعات.وصوب بريتب هذا الأثر لا يحول دون تصدي محكمة الاستئناف للأسباب التى لم تفصل فيها محكمة أول درجة.

نقص رقم ٢٧٠٦/٥٧ق ،في ١٩٩٣/١/٢٧

- وقض بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن وظيفة محكمة الاستئناف ليست مقصوره على مراقبة الحكم المستأنف من حيث سلامة التطبق القانونى فحسب .وإنما يترتب على الاستئناف نقل موضوع النزاع فى حدود طلبات المستأنف إلى الدرجة الثانية ،واعادة طرجه عليها بكل ما اشتمل عليه من أدلة وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء .وإذ اقتصر الحكم المطعون فيه فى الرد على تعييب الحكم المستأنف فى تقديره لأقوال الشهود على مجرد القول بأن لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير هذه الأقوال ،حسبا يطمئن إليه وجدانه دون سواه ،وأنه غير ملزم بإبداء أسباب ترجيحه دليلا على آخر،وإنما حسبه أن يبين أسباب

قضائه ،فإنه يكون بذلك قد جعل لمحكمة الدرجة الأولى أن تنفرد بتقديم أقوال الشهود التى تأسس عليها حكمها الذي أيده ،وحجب نفسه عن مواجهة موضوع النزاع ،وتخلى عن تقديم الدليل فيه .ومن ثم فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يوجد نقضه .

نقض رقم ١٩٦٧/٥٥ق ،فى ١٩٩٢/٣/٤

– وقضى بأن :من سلطة محكمة الاستئناف بحث كافة المستندات المقدمه فى الدعوى واستخلاص ما تراه منها متفقا مع الواقع فيها ،وحسبها أن يكون استخلاصها سليما مستمدا من الأوراق ،وأن تضيف إلى أسباب الحكم الابتدائى ما تراه مؤيدا له.

طعن رقم ٢١٠٢/٥٣ق،فى٢٢/٤/١٩٨٧

– وقضى بأن :الطلب الجديد الذي لا يجوز ابداؤه أمام محكمة الاستئناف هو الذي يختلف عن الطلب السابق ابداؤه أمام محكمة أول درجه فى الموضوع أو الخصوم .أما تلك الطلبات التى يقصد بها بيان وتحديد الطلب الأصلي أو ما يقصد به النتائج القانونية للطلب الأصلي أو ما يقصد به النتائج القانونية للطلب الأصلى أو ما يرد بعبارات أخرى اكثر تحديدا غير تلك التى استعملت أمام محكمة أول درجة ،فلا يعبر طلبا جديدا . .

- نقض رقم ٢٦٥١/٦٠ق،فى ٢٧/١٢/١٩٩٠

- وقضى بأنه : إن كان الأصل أن يمد طلبا جديدا، الطلب الذى يستند إلى سبب قانونى غير السبب الذى بنى عليه الطلب أمام محكمة الدرجة الأولى وكانت الطلبات الجديده طبقا للفقرة الأولى من المادة (٢٣٥)من قانون المرافعات غير مقبوله فى الاستئناف، وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ،إلا أن المشرع أورد على هذا الأصل استثناء بما نصت عليه الفقرة الثالثة من ذات المادة ،من أنه يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلى على حاله تغيير سببه والاضافة إليه " مراعاة منه لدقة الفرق بين سبب الدعوى ومجرد وسائل الدفاع فيها ،وما تقتضيه مصلحة الخصوم من حسم النزاع القائم بينهم عن موضوع واحد فى خصومة واحدة على ما أفصحت عنه المذكرة التفسيريه عن المادة (٤١١)من قانون المرافعات السابق التى استحدثت هذا الاستثناء .

نقض ٣٩/٥١٧ق ،فى ١٩٧٤/٦/٢٤

- وقضى بأن : سبب الدعوى ،ما هيته ،والواقعة أو الوقائع التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب ،عدم تغيره بتغير الأدلة الواقعية أو القانونية .

نقض رقم ٦٧/٧٤٢ق ،فى ١٩٩٨/١١/٣٠

- وقضى بأن :تحديد طلبات الخصم ،العبرة فيه بحقيقة ما يرمي إليه ويطلب الحكم به

نقض رقم ٦٧/٧٤٢ق،فى ١٩٩٨/١١/٣٠

- وقض بأن :الطلب فى الدعوى من قبيل الطلبات العارضه ،كيفية ابدائه وحالاته ،م ١٢٤ مرافعات .

الطعن رقم ٧٤/٤٥٩ق فى ١٩٩٩/٥/٢٤

- وقضى بأن العبرة بالطلبات الختامية فى الدعـوى ،لا بالطلبـات السابقة عليها .

الطعن رقم ٤٥٩/٦٤ق فى ٢٤/٥/١٩٩٩

المادة(٥٩)

بترتب على الطعن بالاستئناف فى الحكم القطعى الصادر وفقا لحكم المادة (١٠)من هذا القانون ،طرح ما فصل فيه هذا الحكم على محكمة الاستئناف ،حتى تصدر هذه المحكمة حكمها النهائى ،يجوز لها إصدار حكم مؤقت واجب التنفيد بشأن الرؤية أو بتقرير نفقه أو تعديل النفقة التى قضى بها الحكم المطعون فيه بالزيادة أو النقصان .

المذكرة الإيضاحية

وأوردت المادة (٥٩)من المشروع حكما مستحدثا بمقتضاه خولت محكمة الاستئناف - المطروح عليها الطعن فى الحكم القطعى الصادر وفقا لحكم المادة (١٠) من المشروع - حق إصدار أحكام مؤقتة واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو طلب النفقة، أو تعديل ما قضى به من نفقة بالزيادة أو النقصان، لحين صدور الحكم النهائى الصادر فى المنازعة برمتها. وقصد بذلك معالجة الأخطاء التى قد تعتور حكم حكم أول درجة فى شأن هذه الطلبات مع أهميتها. ويجب أن يتناول الحكم النهائى الصادر فى الاستئناف ضمن قضائه الفصل فى هذه الطلبات، دون التقيد بما سبق و أن صدر فيها من أحكام مؤقتة.

شرح المادة

لما كان القانون الحالى فى المادة (١٠) قد أناط بالمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو التطليق أو التفريق الجسمانى دون غيرها، وإصدار حكم ابتدائى فى دعاوى النفقات أو الأجور وما فى حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضانته. وأن تلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التى رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأى من

هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى تصدر فيها حكم قطعى واحد.

وأن للمحكمة الابتدائية أثناء سير الدعوى، أن تصدر أحكاما مؤقته واجبة النفاذ بشأن الرؤية أو بتقرير نفقة وقتيه، أو بتعديل ما عساها تكون قد قررته من نفقة بالزيادة أو النقصان.

لما كان ذلك كذلك، فإنه استمرارا مع الهدف الذى ابتغاه المشرع من مواجهة الاحتياجات العاجلة للنفقات لأهميتها فى توفير المتطلبات الأساسية للزوجة والأولاد، والاستجابة للحقوق الفطرية فى رؤية الصغير، والحرص على رعايته وتوازنه نفسيا وعاطفيا، والتقليل قدر الإمكان - من حدة الآثار المترتبة عن ابتعاده عن والده، وانفصاله عنه، بحكم ممارسة أمه حق الحضانة عليه. فقد خولت المادة محكمة الاستئناف المطعون أمامها فى الحكم القطعى بشأن النفقة ورؤية الصغير، أن تصدر أحكاما واجبة النفاذ سواء بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما سبق أن قررته محكمة الدرجة الأولى من نفقة بالزيادة أو النقصان وكذلك إصدار أحكام وقتية فى خصوص الرؤية، بما تقتضيه العدالة، وتستلزمه اعتبارات المحافظة على حق الإعاشة اللائقة للزوجة طالبة النفقة، وتمكين صاحب الحق من الحصول على حقه، فى إطار من التوازن النفسى والعاطفى للصغير، وإيتاء كل ذى حق حقه، بحكم وقتى مسبب.

وتجدر الإشارة إلى أن تخويل محكمة الاستئناف هذه المكنة فى إصدار أحكام مؤقتة واجبة النفاذ، من شأن تصحيح ما قد يكون قد شاب حكم أول درجة من خطأ، كما أنه يأتى استجابة لمواجهة الأوضاع المستجدة، وملاحظة الظروف كلها، والتى قد تتطلب إصدار مثل هذه الأحكام المؤقته فى أمر قد سبق طرحه على محكمة أول درجة، فيعتدل به الميزان، ويصحح به الاختلال.

المادة (٦٠)

مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية، يعد استئناف الحكم أو القرار الصادر فى مادة من مواد الولاية على المال، استئنافا للمواد الأخرى، التى لم يسبق استئنافها، ترتبط بالحكم أو القرار المستأنف، ارتباطا يتعذر معه الفصل فى الاستئناف دون إعادة الفصل فيها.

المذكرة الإيضاحية

وتقابل المادة (٦٠) من المشروع ما ورد بالمادة (١٠٢٢) من قانون المرافعات والتى كانت تتناول سلطة المحكمة الاستئنافية فى التصدى لمادة الولاية على المال كلها، فيما عدا منازعات الحساب - إذا ما طرح عليها قرار أو حكم فى مسالة معينة منها. وقد عدل نص المشروع الصياغة ووضع ضوابط محددة لسلطة محكمة الاستئناف، بأن اشترط وجود ارتباط بين القرار المستأنف أمامها، وما يرتبط به من باقى عناصر المادة، بحيث يتعذر الفصل فى الاستئناف دون إعادة الفصل فيها وألا يترتب على ذلك التصدى الإخلال بحقوق الغير حسن النية وفقا للمفهوم الذى بينته المادة (٤٥) من المشروع.

النص المقابل

هو نص المادة (١٠٢٢) الملغى من قانون المرافعات:

للمحكمة الاستئنافية أن تأمر بأى إجراء تراه أكثر تحقيق للمصلحة بعد سماع أقوال ذوى الشأن والنيابة العامة.

ولها فى جميع الأحوال أن تعيد المادة إلى محكمة الدرجة الأولى للسير فيها على الوجه الذى تعينه لها.

ولها إذا رفع استئناف عن قرار صادر فى مسألة معينة أن تتصدى للمادة كلها، وذلك فيما عدا المنازعات المتعلقة بالحساب.

شرح المادة

لعل نص المادة (٦٠) أكثر ضبطا، و أوفر دقة فيما يتعلق بتصدى محكمة الاستئناف للحكم أو القرار الصادر فى مادة من مواد الولاية على المال، حيث اعتبر أن استئناف مسألة الولاية على المال، يغنى عن استئناف مسائل الولاية على المال الأخرى، فتندرج هذه المسائل ضمن المسألة المستأنفة من مواد الولاية على المال، دون الحاجة إلى النص على شمول المواد الأخرى من مواد الولاية على المال فى صحيفة الاستئناف. إلا أن المادة قد ضبطت هذا الشمول وتلك الإحاطة لطرح مواد الولاية على المال على محكمة الاستئناف لتفصل فيها بضابطين:

١- وجود ارتباط بين المادة المستأنفة من مواد الولاية على المال، والمواد الأخرى، ارتباطا لا يقبل التجزئة، على النحو الذى يتعذر معه الفصل بينهما.

٢- ألا يكون فى تصدى محكمة الاستئناف للفصل فى هذه المسائل المتعلقة بالولاية على المال، الإخلال بحقوق الغير حسنى النية، لأن الغير حسن النية، ينبغى ألا يلحقه ضرر أو يفتات على حقوقه نتيجة فصل المحكمة للمواد الأخرى من مواد الولاية على المال، إذ أن حماية حقوقه مطردة ومقررة فى مواد القانون، والنصوص متضافرة على ذلك، فى حين أن شمول المسائل الأخرى للولاية على المال ضمن المادة المستأنفة، حكم تقرر بمقتضى نص خاص فى هذه المادة، فلا ينبغى أن يخل أو يعطل المبدأ القانونى المقرر بحماية الغير حسن النيه.

وينبغي أن يؤخذ في الحسبان أن تصدى محكمة الاستئناف للفصل فى مواد الولاية على المال الأخرى تبعا لاستئناف حكم أو قرار صادر فى مادة من مواد الولاية على المال، لا يندرج فيه منازعات الحساب، لخطورة الأمور الحسابية، وأهميتها بالنسبة لحماية أموال المشمولين بالرعاية، الأمر الذى يستأهل إخراجها من هذه التبعية الناشئة عن استئناف أى مادة من مواد الولاية على المال، وأن تتمتع بالصفة الاستقلالية بالنص عليها قصد فى الاستئناف.

المادة (٦١)

ميعاد الاستئناف ستون يوما، لمن لا موطن له فى مصر، دون إضافة ميعاد مسافة.

المذكرة الإيضاحية

ورددت المادة (٦١) من المشروع ما ورد بالمادة (٨٧٦) من قانون المرافعات من أن، ميعاد الطعن بالاستئناف يكون ستون يوما لمن لا موطن له فى مصر، دون إضافة ميعاد مسافة، باعتبار أن المدة التى وردت بالنص كافية بذاتها لاتخاذ إجراءات الطعن فى هذه الحالة دون تعسير على الطاعن أو إضرار بالمحكوم له.

النص المقابل

هو نص المادة (٨٧٦) الملغى من قانون المرافعات.

ميعاد الطعن بالنسبة لذوى الشأن الذين ليس لهم موطن فى مصر ثلاثون يوما للمعارضة، وستون يوما للاستئناف، ولا يضاف إليه ميعاد مسافة

شرح المادة

الاستئناف طريق عادى للطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة أول درجة، يرفع إلى محكمة أعلى بقصد إلغاء الحكم المستأنف أو تعديله. وقد حددت المادة ميعاد الاستئناف بالنسبة لمن لا موطن له فى مصر بستين يوما، ويدخل فى هذه المدة ميعاد المسافة، إذ لا يضاف ميعاد مسافة إليها.

والعلة فى مد ميعاد الاستئناف لذوى الشأن غير المتواطنين فى مصر، ليستطيعوا اتخاذ الإجراءات اللازمة للطعن فى الحكم، ويقوم هذا المد مقام مواعيد المسافة المنصوص عليها فى قانون المرافعات.

والمقرر أن المواعيد الإجرائية، ومنها ميعاد الاستئناف، هى من النظام العام التى لا يجوز مخالفتها أو الخروج عليها، وهى من قبيل النصوص القطعية بالمصطلح الأصولى التى تدل على حكم محدد، لا يحتمل الزيادة ولا النقصان، ويتعين الالتزام به، ولا يقبل التأويل أو التخصيص ومن ثم يكون ملزما للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها، فضلا عن لزومه للخصوم جميعا، لا يجوز لهم انتهاكه أو الاتفاق على ما يخالفه.

ويلاحظ أن هذه المدة كافية للطعن خلالها، وقد روعى إطالة أمدها بالمقارنة بنظيرتها بالنسبة للمتوطنين بمصر، والغرض من ذلك التيسير والأخذ فى الاعتبار بعد الموطن، وتنائى الأقاليم.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأن: مواعيد الطعن بالاستئناف تعلقها بالنظام العام، انتهاء الحكم فى قضائه إلى النتيجة الصحيحة قانونا، اشتماله على تقريرات قانونية خاطئة لا عيب لمحكمة النقض أن تصححه دون أن تنقضه.

نقض رقم ٢٢٣٨/٥٥ق ، فى ١٩٩١/١١/٢٨

- قضى بأنه : إذا وقع ميعاد الاستئناف خلال عطلة رسمية فإن الميعاد يمتد أول يوم من أيام العمل بعدها، عملا بالمادة (٢٣) من قانون المرافعات.

نقض رقم ٣٤/٥٨ق ، فى ١٩٥٨/٢/١٣

- وقضى بأن الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف خضوعها لذات القواعد التى كانت تحكمها قبل إلغاء المحاكم الشرعية أو المجالس المحلية، والواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ومالم يرد بشأنه نص فى هذه اللائحة يتعين اتباع أحكام قانون المرافعات فى نشأته مما مقتضاه وجوب اتباع أحكامه فى كيفية حساب مواعيد استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية.

نقض رقم ١١٧/٥٩ق ، فى ١٩٩٢/٣/٢٤

المادة (٦٢)

للخصوم وللنيابة العامة الطعن بالنقض فى الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف، كما يكون لهم الطعن فى القرارات الصادرة من هذه المحاكم فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصى وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها، واستمرار الولاية أو الوصايا أو الحساب.

المذكرة الإيضاحية

وتناولت المادة (٦٢) من المشروع بيان الحالات التى يجوز فيها الطعن بالنقض للخصوم والنيابة العامة، فأجازت لهم الطعن بهذا الطريق فى كافة الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فى مسائل الولاية على النفس وتصرفات الأوقاف. أما فيما يتعلق بمسائل الولاية على المال، فلا يجوز لهم الطعن بهذا الطريق، إلا فى القرارات الصادرة من محاكم الاستئناف فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصى، وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أوردها واستمرار الولاية أو الوصايا والحساب، وهى ذات المواد التى كانت تنص عليها المادة (١٠٢٥) من قانون المرافعات عدا مادة عزل الوصى،التى استحدثها نص المشروع نظرا لأهميتها.

وإعمالا للمادة (٩٦) من قانون المرافعات. فإن للنيابة العامة الطعن فى الحكم فى الأحوال التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها، إذا خالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العام. وقد بينت المادة (٦) من المشروع تدخل النيابة العامة فى الدعاوى أو حقها فى رفع الدعاوى ابتداء.

النص المقابل

هو نص المادة (١٠٢٥) الملغى من قانون المرافعات:

يجوز الطعن بالنقض للنيابة العامة، ولمن كان طرفا فى المادة فى القرارات الانتهائية الصادرة فى مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية، وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أوردها، واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب.

شرح المادة

الطعن بالنقض الذى نصت عليه المادة (٦٢) ينطوى على طلب الخصوم أو النيابة العامة إبطال الحكم، بسبب ما اشتمل عليه من خطأ فى القانون، أو لما شابه به من بطلان أو اعتوره من عيب فى الإجراءات أثر فى الحكم، الصادر من محكمة الاستئناف.

ويشمل الطعن بالنقض الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف فى مسائل الولاية على النفس، وشئون الأوقات. وبالإضافة إلى ذلك، فإن للخصوم والنيابة العامة الطعن بالنقض، فى القرارات الصادرة من محكمة الاستئناف، فى المسائل الآتية:

أ- الحجر

ب- الغيبة

جـ- المساعدة القضائية

د- عزل الوصى

هـ- سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها.

و- استمرار الولاية أو الوصاية والحساب.

وإذا كان للنيابة العامة الطعن فى الحكم، فى الأحوال التى يوجب القانون أو يجيز تدخلها فيها، فإن هذا الطعن يتأتى عندما

يخالف الحكم قاعدة من قواعد النظام العـام، أو فـى حالـة مـا إذا نـص القانون على جواز الطعن.

وبالرجوع إلى ما نصت عليه المادة (٦) من القانون، نجـد أن مـن واجب النيابة العامة أن تتدخل فى دعاوى الأحوال الشـخصية والوقـف التى تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف، ويترتب علـى عدم التدخل بطلان الحكم.

أما الحالات التى يجوز للنيابة العامـة أن تتدخـل فيـها، فـهى دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية.

وإنما أفردت المادة المسائل المحددة فيها مـن بـين مـواد الولايـة على المال الأخرى، لأن عليها يتقرر مصـير المشمولين بالحمايـة، فتغـل أيديـهم، ويحـد مـن تصرفاتـهم، ويفقـدون الاسـتقلال فـى الشـخصية والتصرف، بكل ما يترتب عليه مـن فقـدان الأهليـة أو انتقاصـها، وهـو السبب الذى جعل الإمام أبو حنيفة يحصـر ويضيـق فـى توقيـع الحجـر باعتباره قيد على الحريـة الفطريـة، وسـلبا للشـخصية وسـيرا مـع هـذا النهج، فقد كان حريا بالقانون أن يوسع من حالات الطعن بـالنقض فـى مسائل الولاية على المال، لكن القانون آثر أن يتبع نهج جمهور الفقهاء، الذى يتوسع فى فرض الوصاية والولاية على المال، ولا يضيقها، ولذلـك جاء بالطعن بالنقض فى القرارات الصـادرة مـن محـاكم الاسـتئناف فـى المسائل التى حصرها فى الحالات الستة التى عددتها المادة، فى مسـائل الولاية على المال، دون المسائل الأخرى التى تدخل ضمن مـواد الولايـة على المال.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن الأسباب المتعلقة بالنظام العام، جواز إثارتـها مـن النيابة أو المحكمة من تلقاء نفسها.

الطعن رقم ٦٤/١١١ق ، فى ١٩٩٨/١٠/٢٧

وقضى بأن: الطعن بالنقض المبنى على تناقض حكمين انتهائيين، شرطه، مناقضته الحكم المطعون فيه لقضاء سابق جاز قوة الأمر المقضى فى مسألة كلية شاملة، ثار حولها النزاع بين طرفى الخصومة، واستقرت حقيقتها بينهما بالفصل فيها فى الحكم السابق.

نقض رقم ٦٨/٨٠ق ، فى ١٩٩٨/١١/٣٠

وقضى بأن: المعنى المقصود فى شأن القرارات الصادرة فى الحجر، هو لزوما جواز الطعن بالنقض فيها جميعا، سواء أكانت صادرة بتوقيع الحجر أو برفض طلب توقيعه وما يتصل بذلك من تعيين القيم وعزله. فإن الدفع بعدم جواز الطعن، فى القرار الصادر بعزل القيم، يكون فى غير محله.

نقض فى ١٩٧٥/١/١.

المادة (٦٣)

لا تنفذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بطرق النقض. فإذا طعن عليه فى الميعاد القانونى، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن.

وعلى رئيس المحكمة أو من ينيبه تحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ إيداع صحيفة الطعن قلم الكتاب أو وصولها إليه. وعلى النيابة العامة تقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوما على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن.

وإذا نقضت المحكمة الحكم، كان عليه أن تفصل فى الموضوع.

المذكرة الإيضاحية

ولمواجهة المشاكل الناتجة عن نقض الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق، والتى كثيرا ما تصدر بعد أن تكون الصادر لصالحها الحكم تزوجت بآخر، وقد تكون أنجبت منه، مما كان يترتب عليه إبطال زواجها الجديد، والتفريق بينها وبين زوجها وتشتيت أبنائها، دون إثم اقترفته أو ذنب تعاقب عليه. فقد استحدث المشروع حكما جديدا فى المادة (٦٣) لمعالجة هذه المشاكل، تضمن الخروج على القواعد العامة من عدة أوجه:

إذ نص على عدم نفاذ الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق إلا بانقضاء مواعيد الطعن عليها بالنقض. فإذا طعن عليها فى الميعاد القانونى، استمر عدم تنفيذها إلى حين الفصل فى الطعن. وحتى لا يضار الأطراف من طول مدة

التقاضى أمام محكمة النقض، فقد ألزم النص رئيس محكمة النقض أو من ينيبه بتحديد جلسة لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى موعد لا يجاوز ستين يوما من تاريخ إيداع الصحيفة قلم الكتاب أو وصولها إليه. وألزم النيابة العامة بتقديم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوما على الأكثر قبل الجلسة المحددة لنظر الطعن ثم أوجب على المحكمة إذا نقضت الحكم أن تفصل فى الموضوع، وذلك كله خروجا على أحكام المواد (٢٥١، ٢٦٣، ٢٦٩، ٢٨٧) من قانون المرافعات.

فقه المصطلحات

نصت المادة على بعض المصطلحات الفقهية، يجدر تحريرها، وبيان مدلولها:

أ- فسخ الزواج، هو تفريق بين الزوج والزوجة، بسبب مرده إلى الزوجة، أو بسبب مشترك بين الزوجين، فى عقد زواج فقد شرطا من شروط الصحة أو النفاذ أو اللزوم. ومن أمثلة النسخ بسبب يرجع إلى الزوجة أن تزوج نفسها بغير كفء، أو بأقل من مهر المثل، أو إذا اختارت الصغيرة، فسخ الزواج فى خيار البلوغ، أو أن ترتكب المحرم مع أحد فروع زوجها، بما يوجب حرمة المصاهرة. وقد يكون الفسخ بسبب يرجع إلى الزوجين، كما فى الزواج بغير شهود، والزواج المؤقت، والجمع بين المرأة وعمتها، والزواج بالأخت الرضاعية.

ويتم فسخ عقد الزواج رضاء، بأن يتراضيا الزوجان عليه أو قضاء، وهو الذى يتم بحكم من المحكمة.

ويترتب على العقد الفاسد آثار شرعية إذا حدث فيه دخول هى وجوب المهر، وثبوت حرمة المصاهرة بين الزوجين، وثبوت النسب، ووجوب العدة، دون غيرها من الآثار الأخرى.

ب- بطلان الزواج: ويتأتى فى العقد الذى لم يشرع بأصله ولا بوصفه، نتيجة خلل فى ركن من أركانه أو فى شرط من شروط انعقاده[1]

والعقد الباطل هو عقد منعدم، ليس له وجود شرعى، ولا تترتب عليه أي أثر من أثار عقد الزواج الصحيح. ومثاله أن يتزوج الرجل بإحدى المحرمات عليه تحريما مؤبدا، كأمه أو ابنته.. إلخ أو يتزوج الكافر بمسلمة. ويقول ابن عابدين بصدد التفرقة بين العقد الفاسد والموقوف والباطل: فإن حكم الدخول فى النكاح الموقوف كالدخول فى الفاسد، فيسقط الحد، ويثبت النسب، ويجب الأقل من المسمى ومن المثل.. ولو نكح كافر مسلمة فولدت منها لا يثبت النسب ولا تجب العدة، لأنه نكاح باطل[2].

جـ- الطلاق: حل الرابطة الزوجية بين الزوج والزوجة بإرادة الزوج وحده، حالا أو مآلا، صريحا أو كناية رجعيا كان الطلاق أو بائنا. والدليل على حصوله بإرادة الزوج المنفردة عمومات النصوص، فى مثل قوله تعالى: فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره. وقول الرسول- صلى الله عليه وسلم - الطلاق لمن أخذ بالساق.

د. التطليق هو تفريق الزوج والزوجة بحكم قضائى، عن طريق رفع دعوى تطليق من جانب الزوجة، بسبب وجود حالة من الحالات التى تخول المحكمة، فصم العلاقة الزوجية. مثل التطليق للهجر أو لعدم الإنفاق أو لوجود عيب مستحكم فى الزوج، أو للإيذاء وسوء العشرة، أو لحبس الزوج أو لغيبته أو للاقتران بزوجة أخرى. وهى الحالات التى نصت عليها قوانين الأحوال الشخصية، وبمقتضاها يكون القاضى مخولا بإيقاع الطلاق باعتباره ممثلا للولى الشرعى، لـ الإمام، وبديلا عن الزوج

1- أنظر للمؤلف، الأسرة الإسلامية، ص٩٥ وما بعدها

2- حاشية ابن عابدين ، جـ٣،ص١٣١ ، ١٣٢

الذى يأبى أن يطلق الزوجة، وينكر عليه حقها فيه، بسبب وجود مقتضى من مقتضياته.

والعلة فى تخويل المحكمة تطليق الزوجة، رفع الضرر عن الزوجة الممنوع بنص قوله تعالى: ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه، ولا تتخذوا آيات الله هزوا..." البقرة /٢٣١" وحديث الرسول - صلى الله عليه وسلم- لا ضرر ولا ضرار" والأصل الفقهى للتطليق للضرر وهو القاسم المشترك بين حالات التطليق المنصوص عليها قانونا، هو مذهب الإمام مالك.

شرح المادة.

طبقا لما نصت عليه المادة (٦٣) منع المشرع تنفيذ الأحكام الصادرة بفسخ عقود الزواج أو بطلانها أو بالطلاق أو التطليق، إلا بعد انقضاء أجل الطعن عليها بالنقض وهذا هو المبدأ القانونى، حيث إن الحكم فى هذه الحالة يكون نهائيا وباتا، يجب تنفيذه لصالح من صدر له.

أما إذا تم الطعن على الحكم الصادر بالفسخ أو البطلان أو الطلاق أو التطليق، فلا يجوز تنفيذها إلا بعد الفصل فيها من محكمة النقض.

وحرصا من المشرع على تلافى الآثار السلبية الناجمة عن معاناة المرأة، فقد أتى بحل من شأنه أن يخفف من وقع المثالب الناشئة عن حتمية تربص المرأة فترة طويلة فى انتظار الفصل فى الطعن بالنقض، الذى يستطيل لسنوات طوال، يظل فيه مصير المرأة معلقا لمدة قد تتطاول إلى عشرة أعوام أو زهاءها، خصما من رصيد عمرها وشبابها إذا لم تكن قد اقترنت بآخر، تنفتح أمامها أبواب الألم والمرارة والانحراف، بما يعرضها لخطر الانجراف فيه، وبين هدم أسرة، والتضحية بالأطفال

فيها، إذا كانت قد تزوجت من رجل آخر وأنجبت منه اعتماداً على حصولها على حكم نهائى من محكمة الاستئناف حيث تطلق من هذا الزوج، وتعود إلى زوجها الأول إذا تم نقض الحكم وتقرر عودة المرأة للزوج الأول.

من أجل ذلك، ألزمت المادة المحكمة والنيابة ببعض الموجبات لتحقيق التيسير ورفع المعاناة عن المرأة تتحصل فى أنها أوجبت على رئيس محكمة النقض أو ينيبه، أن يحدد جلسه لنظر الطعن مباشرة أمام المحكمة فى مدة لا تتجاوز ستين يوما، من تاريخ إيداع صحيفة الطعن بالنقض قلم كتاب المحكمة أو وصولها إليه.

كما أوجبت المادة على النيابة العامة أن تقدم مذكرة برأيها خلال ثلاثين يوما على الأكثر فى الطعن المعروض على المحكمة، قبل الجلسة التى تحددت لنظر الطعن.

وسيرا مع اتجاه الحسم فى القضية المعروضة، فقد أوجبت المادة، على المحكمة إذا انتهت إلى نقض الحكم، أن تتصدى بنفسها للفصل فيه ولا تعيده مرة ثانية إلى محكمة الاستئناف للفصل فيه بدائرة جديدة كما كان يحدث قبل صدور هذه القانون.

ولا شك أن صنيع المشرع فى هذا الاتجاه، يمثل خطوة على درب التخفيف من حدة المآسى الناشئة عن إطالة أمد التقاضى، وما يصاحبه من اللدد فى الخصومة وكشف المستور، وتجاوز الحدود فى العلاقة المقدسة بين الزوج والزوجة، إلا أنه لا يقضى على مأساة المرأة، وينأى عنها الضرر، ويحقق مقصود الشارع الإسلامى فى رفع الضرر، المحظور بقوله تعالى: ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن" الطلاق/٦" وكان ينبغى أن يكتفى لحسم قضية التطليق، وتقرير مصير الزوجة، الوقوف عند حد صدور حكم نهائى من محكمة الاستئناف وعدم اللجوء إلى

الطعن فيه بالنقض، إذ نعتقد كفاية طرح قضية التطليق على درجتين من درجات التقاضى وتداولها فيهما، وتعليق وضع المرأة، واضطراب حياته فيهما، لا أن نضيف عبئا آخر على أعبائها، وإذا قيل بأن محكمة النقض ملزمة بنظر الطعن خلال ستين يوما، فإن الفصل فى القضية خاصة بعد وجوب تصدى المحكمة للفصل فيها إذا نقضت حكم الاستئناف، لن يتم فى ستين يوما، وسيستغرق وقتا ليس بالقصير، نظرا إلى الكم الهائل المكدس من قضايا التطليق أمام المحكمة، وهو ما يلقى بعبء جسيم عليها. وليس من حجة للمشرع فى التمسك بعرض التطليق على محكمة النقض، لأنه مسألة مجتهد فيها شرعا، فيجوز تغييرها إذا ما اقتضت المصلحة ذلك، ونرى أن المصلحة فى العدول عن الطعن بالنقض. يعضد ذلك أن الطلاق فى عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم. لم يكن يتم على مراحل و إجراءات معينة للتداعى بشأنها بين الرجل والمرأة، بل كان يكتفى بالتطليق لمرة واحدة لكى يرتب الطلاق أثره، وتتحرر فيه الزوجة من علاقة تأباها، وإذا أثبت أضرار الزواج لها، ولم يتم الطلاق على درجات فى أي مرحلة من مراحل التطبيق القضائى فى العصر الإسلامى. ومن ناحية أخرى، فلا يمكن الاحتجاج بأن التطليق لغيره من التصرفات الشرعية والقانونية التى تخضع للنظام القضائى الذى يطبق على كافة المنازعات المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، فإن هناك أحكاما معينة ينص فيها القانون على عدم جواز الطعن بالنقض بل إنه فى خصوص قضايا الأحوال الشخصية، وإنهاء العلاقة الزوجية، خرج المشرع فى هذا القانون فى المادة (٢٠) على ما يعتبره من صميم الثوابت القانونية والقضائية فى مادة الخلع عندما حسم أمره كله، وجعل الحكم الصادر فى الخلع - فى جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن، العادية وغير العادية، فلم

الغلق المطلق للطعن فى الخلع، وفتح كل الأبواب فى التطليق، والمصير فيهما واحد، والهدف مشترك بينهما، والمرأة هى المتضررة فى الحالتين

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأن: الحكم المتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية باعتباره دليلا، يخضع من ناحية صحته وقوته وأثره القانونى- وعلى ما جرى به قضاء النقض - لأحكام الشريعة الإسلامية. ومقتضاها إنه إذا خالف الحكم نصا فى القرآن أو السنة أو خالف الإجماع، فإنه يبطل، وإذا عرض على من أصدره أبطله، وأذا عرض على غيره أهدره ولم يعمله، لأنه لا يجوز قوة الأمر المقضى، إلا إذا اتصل به قضاء فى محل مجتهد فيه.

نقض رقم ٢٥٨/٤٠ق ، فى ١٩٧٥/٥/٢٣.

- وقد قضى بأن : المنصوص عليه شرعا أن النكاح يفسخ بالرده، سواء ارتد الزوج أو الزوجة أو هما معا، لأنه إذا ارتد الزوج فسخ النكاح، لأن المرتد ليس له أن يتزوج - ولو كان يريد زواجها غير متدينة بدين الإسلام فضلا عن المسلمة - وإذا ارتدت الزوج انفسخ النكاح أيضا، لأن المسلم لا يحل له نكاح المرتدة، لأن النكاح يعتمد الملة ولا ملة لهما، وما انتقلا إليه لا يقرأن عليه. والفرقة الحاصلة بالردة فسخ لا طلاق سوء أنت من جهة الزوج أو الزوجة، وهى تحصل بمجرد الردة من أحدهما بدون توقف على قضاء القاضى. ويكون القضاء فى حالة الردة مظهرا لا مثبتا. ويملك الزوج على الزوجة لو حصل الزواج بها بعد الإسلام ثلاث طلقات إذا لم يكن حصل طلاق منه قبل الردة أو فى العدة - وهذا رأى الإمامين سواء كان المرتد الزوج أو الزوجة. وقال محمد: إذا كانت الردة من قبل الزوج كان طلاقا لا فسخا.

دعوى رقم ١٦/٤٤/٤٤اسنا، فى ١٩٤٤/١٢/١٤

- وقد قضى بأنه: يشترط فيما يقع به الطلاق أن يصدر ممن يملكه ما يفيد رفع القيد الثابت بالزواج الصحيح بلفظ الطلاق أو ما يقوم مقامه حالا بالطلاق البائن، أو مآلا بالطلاق الرجعى، إذا لم تعقبه الرجعة أثناء العدة، على أن يصادف محلا لوقوعه. ويقع الطلاق باللفظ الصريح قضاء وديانة، دون حاجة إلى نية الطلاق.

نقض فى ١٩٧٤/٢/٢٠ ،ص ٣٧٩

- وقضى بأن: كلا طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث أو قبل الدخول أو على مال. وما نص على كونه بائنا. م ٥ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩. مفاده أن الطلاق نظير الإبراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة. بائنا.

نقض رقم ٧٩٦/٦٨ق ، فى ١٩٩٩/٦/٢٨

- وقضى بأن التطليق للضرر، م٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩، مصدره مذهب المالكية، شرطه إيقاع الزوج بزوجته إيذاء بالقول أو الفعل لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطاع معها دوام العشرة بينهما. عدم اشتراط تكرار إيقاع الأذى بالزوجة.

نقض رقم ٤٠١/٦٤ق، فى ١٩٩٨/١١/٣٠

- وقضى بأن : التطليق وفقا لنص المادة (١١) مكررا م بق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، شرطه: إثبات الزوجة تحقق ضرر بها لاقتران زوجها بأخرى بما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما أو يعجز القاضى عن الإصلاح بينهما. القضاء بالتطليق دون محاولة التوفيق بين الزوجين، أثره بطلانه.

نقض رقم ٨٤/٦٥ق ، فى ١٩٩٩/٥/٢٤

المادة (٦٤)

لا يجوز التماس إعادة النظر فى مسائل الولاية على المال، إلا فى القرارات الإنتهائية الصادرة فى المواد الآتية:

١- توقيع الحجر أو تقرير المساعد القضائية أو إثبات الغيبة.

٢- تثبيت الوصى المختار أو الوكيل الغائب.

٣- عزل الوصى والقيم والوكيل أو الحد من سلطته

٤- سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها.

٥- استمرار الولاية أو الوصاية على القاصر.

٦- الفصل فى الحساب.

المذكرة الإيضاحية

وتناولت المادة (٦٤) من المشروع بيان الحالات التى يجوز فيها التماس إعادة النظر فى مسائل الولاية على المال، وهى تطابق المادة (١٠٢٣) من قانون المرافعات، بموجبها لا يجوز التماس إعادة النظر، إلا فى القرارات الإنتهائية الصادرة فى مواد توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة أو تثبيت الوصى المختار أو الوكيل عن الغائب أو عزل الوصى أو القيم أو الوكيل أو الحد من سلطته، أو سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها، أو سلب الولاية أو الوصايا على القاصر بعد بلوغ سن الرشد أو الفصل فى الحساب. وجدير بالذكر أن التماس إعادة النظر فى مسائل الولاية على المال أو النفس يجوز وفقا لأى من الأسباب الواردة بالمادة (٢٤١) من قانون المرافعات لعدم وجود نص المشروع يقابل نص المادة (١٠٢٤) من قانون المرافعات التى كانت تقصر أسباب الالتماس فى مسائل الولاية على المال - فيما عدا الحساب - على البنود الواردة بالفقرات الأولى والثانية والرابعة من المادة (٢٤١) من ذلك القانون.

النص المقابل

هو نص المادة (١٠٢٣) التى أخذت عنها المادة (٦٤) من القانون نصا وموضوعا، فيما عدا بعض الألفاظ التى وردت بصيغة الجمع بدلا من صيغة الأفراد التى وردت فى (٦٤) من القانون.

فقه المصطلحات

التماس إعادة النظر: هو طريق غير عادى يلجأ إليه الخصم فى بعض الأحوال للحصول على حكم ينقض الحكم الانتهائى، يتمكن به من تجديد الخصومة، أمام نفس المحكمة التى أصدرته. وطبقا لما نصت عليه المادة (٢٤) من قانون المرافعات، فقد حددت حالات التماس إعادة على سبيل الحصر، فقد نصت على أن: للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر، فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية فى الأحوال الآتية.

١- إذا وقع من الخصم غش، كان من شأنه التأثير فى الحكم.

٢- إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التى بنى عليها الحكم أو قضى بتزويرها.

٣- إذا كان قد بنى على شهادة شاهد، قضى بعد صدوره بأنها مزورة

٤- إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.

٥- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

٦- إذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض.

٧- إذا صدر الحكم على شخص طبيعى أو اعتبارى لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا فى الدعوى، وذلك فيما عدا النيابة الاتفاقية.

٨- لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم.

شرح المادة

أجازت المادة الطعن فى القرارات الانتهائية التى شابها ما يعيبها ويشكك فى سلامتها، وبمقتضاها فإنها يخول للملتمس إعادة النظر فيها وفقا للأسباب المنصوص عليها فى المادة (٢٤١) وذلك فى مواد الولاية على المال، فى الحالات التى حددها على سبيل الحصر، والتى مردها إما إلى تقرير الولاية على المال وتعيين القائم عليها، كما فى حالة توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة وفى تثبيت الوصى المختار أو الوكيل عن الغائب.

وإما أن ترجع إلى إنهاء الوصاية أو الولاية، كما فى حالة عزل الوصى والقيم والوكيل أو الحد من سلطته، وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها.

وإما أن تعود إلى مد أجل الولاية، وتأكيد جريان مهمة الولى أو الوصى، كما فى حالة، القرار الصادر باستمرار الولاية أو الوصاية على القاصر.

وأخيرا قد تكون لإجراء المحاسبة، كما فى حالة الفصل فى الحساب أما ما عدا هذه الحالات من حالات الولاية على المال المحددة، فلا يجوز الطعن عليه بطريق التماس إعادة النظر، وهو طريق للطعن على القرارات الإنتهائية استهدف به المشرع محو القرار ذاته، وتدارك العوار الذى أصابه، بإصدار حكم جديد يلغى القرار المطعون فيه.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن التماس إعادة النظر، طريق طعن غير عادى فى الحكم النهائى، يرجع فيه للمحكمة مصدرة الحكم، الحصول على ورقة كان الخصم قد حال دون تقديمها، وأن تكون قاطعة فى الدعوى، وجهل الملتمس بوجودها قبل صدور الحكم، مادة ٤/٢٤١ مرافعات.ما تناولته الخصومة، وكان محل أخذ ورد بين طرفيها. عدم جواز التماس إعادة النظر فيه.

نقض رقم ٥٩/٣٥٤ق ، ورقم ٥٢/٢٠٧ق.

- وقضى بأن: المحكمة وهى تنظر خصومة التماس إعادة النظر، يتعين عليها أولا، ومن تلقاء نفسها، أن تتحقق من أن الطعن بالالتماس قد رفع فى ميعاده صحيحا من ناحية الشكل، ومتعلقا بحكم انتهائى مبنيا على أحد الأسباب التى وردت على سبيل الحصر، بنص المادة ٢٤١ من قانون المرافعات. وعليها ومن تلقاء نفسها أن تقضى بعدم قبول الالتماس إذا ما ظهر أنه لم يبن على سبب من الأسباب التى حددها القانون.

الطعن رقم ٥٧/٨٨٨ق ، والطعن رقم ٨/١٤٥٢ق.

- وقضى بأن: اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى، شرطه، أن يصبح أثره الملزم نهائيا غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادى، وإن طعن عليه بطريق غير عادى.

نقض رقم ٦٣/٣٢٥ق، فى ١٩٩٨/١٢/٢٨

- وقضى بأنه: يشترط فى التناقض الذى يفسد الأحكام أن يكون الحكم المطعون فيه قد صدر على خلاف حكم سابق نهائى فاصل فى

الموضوع المتنازع فيه بين الطرفين المتخاصمين، فلا يقبل الدفـع بتنـاقض الحكم مع حكم آخر، لم يكن الطاعن خصما فيه.

نقض رقم ٣٩٠/٧ق ، في ١٩٣٨/٦/٢٨.

الباب الخامس

فى تنفيذ الأحكام والقرارات

اشتمل الباب الخامس من القانون فى المواد من ٦٥ إلى ٨٠ على بيان الأحكام والقرارات الواجبة النفاذ بقوة القانون، وسبل تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة فى مسائل الولاية على النفس والولاية على المال، ومن يناط بهم التنفيذ واستحدث حكما جديدا بشأن المنازعة على حضانة الصغير، ووضع اللبنة الأولى فى شأن إقامة صرح للتكافل الاجتماعى،مع معالجته للقواعد الأخرى المتعلقة بالتنفيذ.

المادة (٦٥)

الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أورؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها، تكون واجبة النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة.

المذكرة الإيضاحية

تناولت المادة (٦٥) من المشروع بيان الحالات التى يكون فيها الحكم أو القرار الصادر من محكمة أول درجة واجب النفاذ بقوة القانون وبلا كفالة، وتشمل: الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو رؤيته أو بالنفقات أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها. والنفاذ فى هذه الحالات وجوبى، فلا حاجة لأن يطلبه الخصوم أو للنص عليه فى منطوق الحكم. ويقابل هذ النص ما ورد بالمادة (٨٨٧) من قانون المرافعات. والفقرة الأخيرة من المادة (٦) والمواد (٣١٥/٣٤٤/٣٥٣) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ١٩٣١/٧٨، والمادة الأولى من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل بعض أحكام النفقات، فجمع نص المشروع أحكام تلك المواد فى سياق واحد، بعد أن ألغى المتعارض فيها، واستحدث أحكاما جديدة

على النحو التالى:

١- أطلق نص المشروع حالات النفاذ لجميع الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير، أيا كان المحكوم لصالحه، فألغى بذلك التعارض القائم بين نص المادتين (٣١٥،٣٥٣) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادة (٨٨٧) من قانون المرافعات. إذ كانت مادتى اللائحة تقصر النفاذ على الحكم الصادر بتسليم الصغير لأمه، حال أن نص المرافعات كان لا يقصره على تلك الحالة. وما أنتجه نص المشروع فى

هذه الصدد فيه تغليب لمصلحة الصغير. فضلا عن عدم وجود علة للتفرقة التي كانت قائمة في ظل مادتي اللائحة بين الأم وغيرها. والنفاذ المشار في هذه الحالة يشمل ما تصدره النيابة العامة من قرار بشأن تسليم الصغير مؤقتا إلى من تحقق مصلحته معها على النحو الوارد بالمادة (٧١) من المشروع.

٢- أضاف المشروع حكم الرؤية إلى الأحكام واجبة النفاذ بقوة القانون لما في ذلك من مصلحة للصغير والمحكوم لصالحة، إذا كان من غير المقبول أن يظل كلاهما محروما من رؤية الآخر لحين صيرورة الحكم نهائيا.

٣- أطلق نص المشروع وصف النفاذ لكل حكم صادر بالنفقة أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها، ولم يقصر ذلك على النفقة المحكوم بها للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين على نحو ما كان وارداً بالمادة (١) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن أحكام بعض النفقات، والتي كانت تتعارض مع ما ورد بالمادة (٦) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي كانت تطلق النفاذ لكل حكم صادر بالنفقة ولو كان للأقارب. وما ورد بنص المشروع من ذكر للأجور أو المصروفات وما في حكماه ضمن الحالات الواجبة النفاذ، قصد به إزالة أي لبس أو غموض بشأنها، فحكمها حكم النفقة من حيث النفاذ، ويدخل فيها كافة الأجور والمصروفات كأجر الرضاعة أو الحضانة والمسكن والخادم ومصروفات العلاج والتعليم وغيرها، مع مراعاة أنه وإن كان الحكم الصادر بالنفقة أو الأجور أو المصروفات وما في حكمها نافذا بقوة القانون فور صدوره، إلا أنه لا يصلح لإقامة دعوى حبس على النحو الوارد بالمادة (٧٦) من المشروع المقابلة للمادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية، إذ يشترط فيها أن يكون الحكم الصادر بالنفقة وما فى حكمها قد صار نهائيا.

النص المقابل

هو نص المادة (٨٨٧) الملغى من قانون المرافعات:

النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون، لكل حكم صادر بالنفقة أو بأجرة الحضانة أو الرضاع أو السكن أو تسليم الصغير.

فقه المصطلحات

تعرض نص المادة لبعض المصطلحات، منها:

- النفاذ المعجل هو تنفيذ الحكم قبل أن يصير حائزا لقوة الشيء، فهو من ثم تنفيذ الحكم قبل الأوان العادى لإجرائه، ورغم قابلية الحكم للطعن فيه بطرق الطعن العادية، أو الطعن فيه فعلا بأحد هذه الطرق. والنفاذ المعجل بقوة القانون يستمد به الحكم قوته التنفيذية من نص القانون مباشرة، فلا يلزم أن تصرح به المحكمة، ولا يلزم بداهة أن يكون المحكوم له قد طلبه[1]

- تسليم الصغير، يعنى تسليمه إلى الأقدر من الأم أو الأب على رعايته وكفالة شئونه والقيام على أمره، بما يتحقق معه مصلحة الصغير. وقد يكون تسليم الصغير من أجل حضانته وحفظه فى المرحلة السنية الأولى، عملا بقول الرسول - صلى الله عليه وسلم- للأم التى جاءت تطالب بحق حضانته: أنت أحق به ما لم تنكحى. وقد يكون تسليم الصغير شئونه. بموجب مسئوليته عنه الثابتة بالحديث: كلكم راع

---

[1]- المستشار د. عدلى خالد، الارشادات العملية فى إجراءات الدعاوى المدنية، ص٥٥١

وكلكم مسئول عن رعيته، فالأب راع ومسئول عن رعيته، والأم راعية ومسئولة عن رعيتها.. إلخ الحديث.

- حق الرؤية، وهو مقرر لكل من الأب والأم، عندما يكون في حضانة أحدهما دون الآخر، قياما بحق فطرى، وتوازنا في الحقوق بين أصل الطفل، وتعهدا ومسئولية للقيام بأمور الطفل، واستكمالا لحق الولاية الثابتة لكل منهما على الصغير يستمد سنده من قوله تعالى: لا تضار والدة بولدها،ولا مولود له بولده"

ويثبت هذا الحق للأجداد عند عدم وجود الأبوين، لأنهما أبوان عند غياب الأب والأم، ومفهوم ذلك ثبوت حق الرؤية للأجداد لأب أو لأم.

- النفقات: ما يجب حقا للزوجة والأولاد والأقارب، ممن تلزمه إعالته وإعاشته من ضروريات الحياة من المأكل والملبس والمسكن. وهي ثابتة بالنصوص لهذه الفئات جميعا، فبالنسبة للزوجة، بقوله تعالى: لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله" الطلاق/٧" فهي في نفقة الزوجة وقول الرسول- صلوات الله عليه، لمن سأله: ما حق زوجة أحدنا عليه. قال: أن تطعمها إذا طعمت، وأن تكسوها إذا اكتسيت"

وبالنسبة للأولاد، بقوله تعالى" وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف" البقرة/ ٢٣٣" وقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - لهند زوجة أبي سفيان : خذي وولدك ما يكفيك بالمعروف.

وبالنسبة للوالدين والأقارب: عموم النصوص الآمرة ببر الوالدين، بقوله تعالى: وبالوالدين احسانا" النساء/٢٦، وبقوله : وآت ذا القربى حقه"

وفى قول الرسول - صلى الله عليه وسلم- كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول.

ويلحق بالنفقات الأجور والمصروفات، كأجور الرضاع والتعليم والمسكن والعلاج، ومصاريف الولادة، وأجر الحضانة، وأجر الخادم.. إلخ وهى ترتقى فى أهميتها حسب تحقيقها للحفاظ على الأم والصغير وغيرهما، وجماع الأمر فيها أنها مكملة لمقومات حياة الصغير والعناية به أو لازمة لتهذيبه وتثقيفه، فتكون واجبة على الأب، عملا بقاعدة: ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب" ومن النصوص المقررة للأجور قوله تعالى: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن" الطلاق/٦"

شرح المادة

أضفى المشرع الشرعية على النفاذ بقوة القانون لكل الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير للأم ولغيرها، وفى حالة التسليم المؤقت الصادر من النيابة العامة، طالما أن المعول عليه هو مصلحة الصغير، فحيثما تكون مصلحة الصغير فى التسليم، فإن النفاذ يكون واجبا بقوة القانون و بلا كفالة.

ومن الحالات التى يشملها النفاذ بقوة القانون حكم الرؤية، الذى يضحى تنفيذه واجبا لحتميته فى إشباع حاجة فطرية لدى الطرف الآخر، الذى حرم هذا الحق ويتناول النفاذ بقوة القانون كل حكم صادر بالنفقة أو الأجور أو المصروفات وما فى حكمها لمن صدر له حكم بها، سواء كان الزوجة أو المطلقة أو الحاضنة أو الأولاد أو الأهل والأقارب لأنها تتعلق بضروريات الحياة، وهو الشأن فى النفقات، لأنها مصدر التعيش وتوفير مصدر القوت الذى به يبقى الإنسان، أو لكونها تقوم بسد حاجات أساسية، تفى بمتطلبات حيوية، كالشأن فى أجر الحضانة والرضاع والعلاج والتعليم والمسكن، فإن هذه المصروفات عند التحقيق

تلبى مصالح توشك أن تكون ضرورية بحيث تلحق بالنفقة، وتأخذ حكمها، فكان أن أوردتها المادة ضمن الحالات المشمولة بالنفاذ المعجل حتى ولو لم يكون الحكم الصادر بها قد أصبح نهائيا.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأن: المنصوص عليه شرعا، أن من له حق ولاية الضم، يجبر على ضم الصغير حتى لا يضيع هملا، لأن ذلك من حق الصغير أيضا.

دعوى رقم ٣٠/٧٣٠ كرموز، فى ١٩/٣/ ١٩٢١

- وقضى بأن: الحكم نهائيا بإبقاء الصغير فى يد والدته، مناقضة الحكم المطعون فيه لحجته، بقضائه بتأييد الحكم المستأنف بضم الصغير للمطعون ضده، دون الاستناد لأسباب استجدت بعد صدور الحكم النهائى. أثره، جواز الطعن فيه بطريق النقض.

نقض رقم ٨٠ لسنة ٦٨ق ، فى ١٩٩٨/١١/٣٠

- وقضى بأنه ينظر فى تقدير أجرة مسكن الحضانة إلى مسكن الكفاية لمثل الحاضنة، ويراعى فى تقدير أجر الحضانة دفع حاجة الحاضنة إلى نفقتها، ولا ينظر فى تقدير أجرة الرضاع إلى عمل مثل الأم، بل ينظر فيه إلى عمل غيرها من المراضع، وتعطى مثل أجر آيتهن. وعن مصاريف العلاج، فقد حكم بأن مصاريف الولادة للزوجة الحامل تعد من نفقة المولود على أبيه، وليس من نفقة الزوجة.

دعوى رقم ٣٠/٢٣٤ السويس، فى ١٩٣١/٤/١

- وقضى بأن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقات، أنها ذات حجية مؤقته، لأنها مما يقبل التغيير والتعديل، وترد عليه الزيادة

والنقصان بسبب تغير الظروف كما يرد عليه الإسقاط بتغير دواعيها. وهذه الحجية المؤقته تظل باقية طالما أن دواعي النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير. فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف القانون. ويجوز الطعن فيه بالنقض، عملا بالمادة ٤٣٦ من قانون المرافعات.

نقض ٢٧/١٠/١٩٦٠، ص٥٤٠.

نقض ٢٤/٥/١٩٧٢، ص ١٠٣.

وقضى بأنه: لما كان القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، قد نص في المادة الرابعة على: أن للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجة المؤجر ما لم يهيئ لها المطلق مسكنا آخر مناسبا فإن هذا النص، والغاية منه رعاية جانب الصغار حماية للأسرة، يعد متعلقا بالنظام العام فينطبق على واقعة الدعوى بأثر فورى.

نقض رقم ٢٤٠/٤٧ق، في ٢٨/١١/١٩٨٢

– وقضى بأن: الحكم بالنفقة اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسرا أو عسرا، حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرضها.

نقض رقم ٣٤٥/٦٤ق، في ٢٨/٦/١٩٩٩.

المادة(٦٦)

يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا، ويتبع فى تنفيذ الأحكام الصادرة فى هذه الشأن ما ينص عليه القانون من إجراءات. ويراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ.

ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند كلما اقتضى الحال ذلك.

المذكرة الإيضاحية

وبينت المادة (٦٦) من المشروع سبل تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة فى بعض منازعات الولاية على النفس، وتشمل الحكم الصادر بضم الصغير لمن لها حق حضانته. والحكم الصادر بحفظ الصغير بعد انتهاء سن حضانة النساء والقرار الصادر من النيابة العامة إعمالا للمادة (٧١) من المشروع بتسليم الصغير الذى لا زال فى سن حضانة النساء إلى من تحقق مصلحته معها مؤقتا لحين صدور حكم فى المنازعة. فأجازت المادة (٦٦) تنفيذ هذه الأحكام والقرارات جبرا على نحو ما ينص عليه القانون، على أن تتم إجراءات تنفيذها، وما قد تقتضيه من دخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى، كلما اقتضى الحال ذلك لمواجهة ما يلجأ إليه بعض الخصوم بعد التنفيذ من خطف الصغير أو إبعاده عن المحكوم لصالحه.

ويقابل نص المشروع ما ورد بالمادة (٨٨٩) من قانون المرافعات والمادتين (٣٤٦،٣٤٥) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فضلا عما استحدثه بشأن المادة (٧٠) منه. مع إسقاط ما ورد بما فى اللائحة بشأن تنفيذ حكم الطاعة جبرا. باعتبار أن المادة (مكررا ثانيا) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، جعلت جزاء

امتناع الزوجة عن طاعة زوجها دون حق وقف نفقتها من تاريخ الامتناع ومن ثم لا يجوز إصدار حكم بإلزام الزوجة بالدخول فى طاعة زوجها،

النص المقابل

هو نص المادة (٨٨٩) الملغى من قانون المرافعات.

يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة بضم الصغير وحفظه أو تسليمه لأمين قهرا، ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة ودخول المنازل. ويتبع رجال التنفيذ فى ذلك ما يأمر به قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة الكائن بدائرتها محل التنفيذ ويجوز إعادة تنفيذ الحكم كلما اقتضى الحال ذلك.

فقه المصطلحات

ورد فى نص المادة (٦٦) من القانون المصطلحات التى يتعين تحريرها منها:

- قاضى التنفيذ: هو أحد قضاة المحكمة الإبتدائية فى مقر كل محكمة جزئية، ويجرى التنفيذ تحت إشرافه، ويختص بالفصل فى منازعات التنفيذ أي كان نوعها بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة، فتجمع لديه كل سلطات القضاء فى هذه الصدد، وذلك من قبيل تيسير الإجراءات ومنعا من تناقض الأحكام[1]

وقد نص قانون المرافعات فى المادة (٢٧٤) على أن : يجرى التنفيذ تحت إشراف قاضى التنفيذ..."

السند التنفيذى فهو عبارة عن الأحكام والأوامر والمحررات الموثقة ومحاضر الصلح التى تصدق عليها المحاكم أو مجالس الصلح والأوراق الأخرى التى يعطيها القانون هذه الصفة.

---

[1]- د. أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، جـ٢ ، ص٩٨٢.

ولا يجوز التنفيذ فى غير الأحوال المستثناه بنص القانون، إلا بموجب صورة من السند التنفيذى مزيلة بالصيغة التنفيذية التالية:

على الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها، وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجرائه باستعمال القوة متى طلب إليه ذلك[1]"

وبالنسبة لضم الصغير، فيكون بانتقال الولاية عليه من أحد الأبوين إلى الآخر، تحقيقا لمصلحته ووفاء باحتياجاته، وهو من قبيل الولاية على النفس، وبصدور حكم أو قرار بضم الصغير، ينبغى تسليمه إلى من صدر له حق الضم تنفيذا له للقيام على حفظه ورعايته، ودرء الأضرار عنه وعمن حرم من ضمه إليه مع استحقاقه له. وقد أشار القرآن إلى هذا المعنى بقوله تعالى: فرددناه إلى أمه كى تقر عينها ولا تحزن" والحق أن الولاية على نفس الصغير، تشتمل على ولاية حفظه ورعايته.

شرح المادة

خولت المادة المحكمة والنيابة، سلطة تنفيذ الحكم أو القرار الصادر منها بضم الصغير وحفظه بعد انتهاء سن الحضانة جبرا بقوة السلطة العامة، وهذا من حيث الحكم أو القرار الصادر بشأن الضم والحفظ. ويتبع في تنفيذ هذه الاحكام أو القرارات الإجرائية التى رسمها القانون فى هذا الشأن.

ونظرا لما تتسم به الإجراءات القانونية من استخدام القوة،وما قد يصاحبه من انتهاك لحرمة البيوت، ومصادرة حق الإدارة لدى من يجرى التنفيذ فى جهته،ومراقبة تحركاته.. إلخ مما يعد قيدا على الحرية، واعتداء على الخصوصية، فقد وضع النص الإشراف على

---

[1] - م.د. عدلى خالد، مرجع سابق، ص٥٣٣

التنفيذ، بكل إجراءاته ومقتضياته فى يد قاضى التنفيذ، ليأمر باتخاذ ما يراه مناسبا من الإجراءات بالضوابط المطلوبة، حتى لا يكون التنفيذ ذريعة لانتهاك الحرمات وإهدار الحريات، والاعتداء على الخصوصيات، وفى ذات الوقت لا يكون الحكم أو القرار بلا قيمة مسلوب الفعالية، ومن ثم كانت السلطة المخولة لقاضى التنفيذ صمام أمان، وميزان عادل لرعاية الحقوق، والأخذ فى الاعتبار المصالح كلها.

وفى ضوء ما نصت عليه المادة، صدر قرار وزير العدل رقم ١٠٧٨/ ٢٠٠٠، بتنظيم تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو سكناه بمعرفة المحضر المختص، وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، فإن حدثت مقاومة أو امتناع وعدم استجابة للنصح والإرشاد، يرفع الأمر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالاستعانة بجهة الإدارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر. ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ.

ويراعى فى جميع الأحوال أن تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل، وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ. ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى كلما اقتضى الحال ذلك.

وفى هذا السياق نصت المادة، على جواز إعادة التنفيذ بنفس السند التنفيذى، متى ثبت عدم تحقيق التنفيذ لأغراضه، وعدم تنفيذ الحكم أو القرار الصادر فى شأن الصغير، من حيث إجهاض محاولة ضم الصغير وتسليمه، كما قد يحدث من لجوء من كان الطفل بيده قبل صدور الحكم أو القرار بضم الصغير وتسليمه إلى أساليب احتيالية، أو استخدام وسائل عدوانية بخطف الصغير بعد تسليمه إلى من صدر الحكم أو القرار له، وذلك بأن يقوم من كان الصغير فى يده قبل التسليم بخطفه أو تهريبه إلى خارج البلاد، أو حرمان المحكوم لصالحه منه،

مما يبرر التنفيذ مرة أخرى بذات السند التنفيذى، استثناء من القاعدة المقررة ومؤداها عدم جواز التنفيذ بالسند التنفيذى أكثر من مرة.

وتجدر الإشارة إلى أن التنفيذ الجبرى لا يكون إلا فى الأحكام والقرارات التى نصت عليها المادة، وهى تلك الواقعة المتعلقة بضم الصغير وحفظه وتسليمه دون أن يمتد ذلك إلى تنفيذ حكم الطاعة جبرا، فقد كان اجتهادا خاطئا يصادر حرية المرأة، ويهدر كرامتها، والجزاء المترتب على نشوز الزوجة، هو إسقاط نفقتها من تاريخ ثبوت هذا النشوز.

تطبيقات قضائية

– فقد قضى بأنه: ومن حيث أن أمانة الأب هى الأصل، وما قدم أمام المحكمة الجزئية فيه الكفاية بالنسبة لذلك. ومن حيث إن الدفع بعدم الأمانة يجب رفضه لأنه تبين أن صالح البنت المطلوب ضمها فى وجودها عند والدها، وهذا أمر مقدم على كل شئ.

الدعوى رقم ٣٠/٢٣٢٨ س ك مصر، فى ٣١/١٠/٢٦

– وقضى بأنه: من حيث أن مثل هذا الوالد لا يمكن أن يضيع عند أولاده، بل هو أقدر من أمهم على تحقيق مصلحتهم الأدبية والصحية، بعد أن بلغوا هذه السن وترى المحكمة أن مصلحة الولدين تتحقق عند والدهما. وقد تكون هذه الحالة الوحيدة هى التى يمكن للقاضى أن يحكم فيها بضم الأولاد إلى أبيهم، والا تعطل القانون، وكان التخيير فى المادة رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٩ باطلا، وكانت اللام بمعنى على، ولا قائل بذلك.

الدعوى رقم ٢٢/٢١٩٤ طنطا ، فى ١٩٣٣/١٠/١٠

– وقضى بأنه: وحيث إن الحكم بضم الصغير إلى أحد والديه، إنما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه لا مصلحة الخصوم إليه وبما أن تنازل المستشكل ضدها عن تنفيذ الحكم هو من باب التزام مالا يلزم، ولها حق الرجوع فيه، وتنفيذها الحكم بعد هذا التنازل رجوع عنه، على أنها لا تملك هذا التنازل لأن كون الوالد فى يدها لم يقصد به مصلحتها، وإنما روعى فيه مصلحة الصغير نفسه، فتنازلها عن شئ لا تملكه يعتبر ضربا من اللغو.

الدعوى رقم ٣٩/٨٠٦ مغاغة ، فى ١٩٣١/٨/١٥

المادة (٦٧)

ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى أحـد الأماكن التـى يصدر بتحديدها قرار من وزير العـدل، بعـد موافقـة وزيـر الشئون الاجتماعيـة وذلك ما لم يتفق الحاضن والصادر لصالحه الحكم على مكان أخر.

ويشترط فى جميع الأحوال أن يتوافر المكان ما يشـيع الطمأنينـة فى نفس الصغير.

المذكرة الإيضاحية

ومراعاة لمشاعر الصغير وحرصا على اسـتقرار حالتـه أثنـاء تنفيـذ أحكام الرؤية، استحدث المشروع فى المادة (٦٧) تنظيما للمكان الذى يتم فيه التنفيذ، فلم يعد مقصورا على الأماكن التى لا تضـر بالصغـير نفسـيا على نحو ما كانت تشترطه الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من القانون رقـم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، بل يتعـين أن يتوافر فيه ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير، سواء كان هذا الكان قـد اتفق عليه فيما بين أطراف الخصومة، أو كان من بين الأماكن التى خول النص وزير العدل - بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية - تحديدها.

شرح المادة

نحى المشروع فى المادة (٦٧) منحى مؤداة تخفيـف حـدة النزاع بين الأم والأب حول رؤية الصغـير، وإمكانيـة الوصول إلى حـل يرضـى الطرفين تمكينا لصاحب الحق فى الرؤية مـن ممارسة حقـه فـى أجـواء السكينة والهدوء، ونأيا بالصغير عـن التأثـيرات السـلبية التـى يحدثـها وجـود الصغـير فـى أمـاكن تلقـى بظلالهـا السـيئة علـى نفسـيته الغضـة ومشاعره المرهفة كنتيجة لممارسة حق الرؤية فى مكان غير ملائم كأقسـام

الشرطة والمصحات مما يصيبه بالأكدار وينغص عليه حياته، ويحيل حياته إلى متاعب واضطرابات.

ولتلافى هذه المثالب، أناطت المادة بالحاضن وصاحب الحق فى الرؤية مكنة الاتفاق على تنظيم الرؤية فى مكان يتيسير فيه لكليهما ممارسة الحق فى جو من المودة والإحساس بتحقيق الهدف المشترك فى توفير بيئة آمنة يشيع فيها الرضا والطمأنينة، تلتقى فيها إدارة الطرفين على مصلحة الطفل، فى البيئة الطبيعية كالمنزل الذى يعيش فيه المحضون، وفى المحيط الأسرى، ففيه يشعر الطفل بالأمان والراحة.

أما إذا لم يتفق الطرفان على مكان وزمان الرؤية، فإن ممارسة حق الرؤية ينفذ فى أحد الأماكن التى يصدر بتحديدها قرار من وزير العدل فى زمن محدد لكفالة أفضل تنفيذ ممكن لحكم الرؤية، لتجنب المشاحنات والتصرفات العدائية التى تصاحب تنفيذ هذا الحكم، وذلك باختيار المكان المناسب والأوضاع الملائمة لإنجاز الغاية المنشودة من تقرير حق الرؤية. وتطبيقا لذلك صدر قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠ بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير، على النحو الذى يحقق مقصود المشرع فى توفير المكان الملائم الذى يشيع الارتياح والطمأنينة فى نفس الصغير، ولا يكبد أطراف الخصومة مشقة لا تحتمل، وهى:

١- أحد النوادى الرياضية أو الاجتماعية.

٢- أحد مراكز رعاية الشباب.

٣- إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى يتوافر فيها حدائق.

٤- إحدى الحائق العامة.

ويشترط - بحسب القرار - ألا تقل مدة الرؤية عن ثلاث ساعات أسبوعيا فيما بين الساعة التاسعة صباحا والسابعة مساءً، ويراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية بما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير فى دور التعليم. ويستعان بالأخصائى الاجتماعى لضمان هذا التنفيذ، وإثبات أى إخلال من أحد الطرفين لهذا التنظيم.

ملاحظاتنا على المادة:

وثمة ملاحظة كان يجدر بالمشرع فى إطار حسن تنظيم حق الرؤية، هى أن تخويل حق الرؤية للطرف المحكوم لصالحه، له دلالات تشريعية أعمق من الوقوف عند مجرد الرؤية البصرية، والالتقاء الجسمانى الذى يجمع الطفل بصاحب الحق فى رؤيته، بل إن ممارسة هذه الرؤية هى تجسيد لمشاعر طبيعية، وترجمان صادق لأحداث الرعاية للطفل، واستكمال الجانب العاطفى والنفسى المفقود، نتيجة الانفصال بين الأم والأب، ومن ثم كان يجب أن تتاح الفرصة لدى الأب أو الأم صاحب الحق فى الرؤية، من مرافقة الصغير فى مسكنه خلال ساعات النهار من التاسعة إلى السابعة مساءً، تعرفا على أحوال الصغير، ومتابعة لشئونه الحياتية، وتلمسا لإيجاد حياة مشتركة تعوض قدر الإمكان ما قد يستشعره الصغير من حرمان وفقدان لنصف حياته الآخر، خاصة و أن قيام الأم بحق الحضانة للصغير ما كان بحق الأب فى الولاية على نفسه، ولا يعطيها أو يكون على حسابه، ذلك أن المشرع الإسلامى بتقريره حق الأب فى الولاية على النفس إنما أراد به تكامل رعاية الصغير، والقيام على أمره فى شئونه الحياتية صحيا واجتماعيا واقتصاديا، بمعنى أن يتولى الأب تهذيبه وتثقيفه، وسد رمقه وتوفير المسكن والملبس له والنأى به عما يزعجه ويقلقه، وتعليمه التعليم اللائق أو حرفة تعينه على مستقبل أيامه. وهذه الولاية بهذا المحتوى لا تفتات

على ولاية الحضانة ولا تنازعها سلطانها المقرر للأم، فالحضانة امتزاج واتصال ومعايشة بين الأم ووليدها، والولاية على النفس إمداد بالوسائل الحياتية فى ظل تجسيد الشعور المشترك بين الأب والصغير، وأسند لأمه الإشراف والملاحظة على الصغير، إلى المدى الذى يحس بوجوده المتكامل مع وجود الأم فى حياته. وهو ما لم تلتفت إليه المادة، وأغفله بالتالى قرار وزير العدل، وهو أمر حرى بالتناول والتنظيم على النحو الذى يحقق مقصد الشرع فى رعاية الصغير، وتفعيل كل ولاية، وبلوغها لأهدافها.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن: لكل من الوالدين حق رؤية ولده كما نص على ذلك شرعا، وللأم حق رؤية ولدها الذى ليس فى يدها كل أسبوع مرة ولغيرها كل شهر أو سنة مرة على الخلاف بين الفقهاء فى ذلك.

دعوى رقم ٤٠/٨٩ قنا، فى ١٩٤٠/١٢/١٢

وقضى بأن: رؤية الصغير حق ثابت لكل من والديه شرعا، فإن فى حرمان أحدهما من ذلك ضررا وأي ضرر هو منهى عنه بعموم الآية الكريمة: ﴿لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾ ولا يجبرمن فى يده الصغير بحق على نقله إلى الآخر ليراه، فقط لا يمنعه من ذلك. فقد جاء فى جامع أحكام الصغار: إذا كان الغلام والجارية عند الأم، فليس لها أن تمنع الأب من تعاهدهما، وإذا صار إلى الأب، فليس له أن يمنع الأم من تعاهدهما والنظر إليهما" ومن السراجية إذا اسقطت حضانة الأم وأخذه الأب لا يجبر على أن يرسله لها، بل هى إذا شاءت أن تراه لا تمنع من ذلك.

ومن حيث أن الفقهاء قد نظموا هذا الحق ولم يطلقوه خلافا لمن ذهب إلى أنهم لم يبينوا ذلك. وإن عمل المحاكم قد جرى على تحديد موعد الرؤية كل أسبوع قياسا على ما نص عليه الفقهاء من أن لوالدى الزوجة زيارتها كل جمعة، وليس للزوج منعها من ذلك. ولنا عند هذا النص أنه لا يجوز القياس فى موضع النص. فقد نقل شارح الدر فى باب الحضانة عن الحاوى ما يأتى: له إخراجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها كل يوم كما فى جانبها" اى لكل من الوالدين إخراجه ليراه الآخر كل يوم. وقد علق ابن عابدين على هذا بأنه أرفق بالأم نعم إن قلبها ضعيف خفاق قال عليه الصلاة والسلام : لا توله والدة عن ولدها"

دعوى رقم ٣٧/٦٠١ اسنا، فى ١٩٣٨/٥/٤

المادة (٦٨)

على قلم الكتاب التى أصدرت الحكم أو القرار وضع الصيغة التنفيذية عليه إذا كان واجب النفاذ.

المذكرة الإيضاحية

وأكدت المادة (٦٨) من المشروع على الحكم العام الوارد فى المادتين (١٨١، ٣/٢٨٠) من قانون المرافعات، والمادة (٣٤٣) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وخاصة فيما يتعلق بالقرارات، بإلزام قلم كتاب المحكمة بوضع الصيغة التنفيذية على كل حكم أو قرار واجب النفاذ فإن امتنع قلم الكتاب عن ذلك أو عن إعطاء الصورة التنفيذية الأولى لصاحب الحق فى استلامها يتبع ما ورد بالمادة (١٨٢) من قانون المرافعات المقابلة للمادة (٣٥٠) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. وفى حالة ضياع الصورة التنفيذية الأولى، يتبع فى شأن الحصول على صورة تنفيذية ثانية ما ورد فى المادة (١٨٣) من قانون المرافعات.

النص المقابل

هو نص المادة (٢٨١) من قانون المرافعات

تختم صورة الحكم التى يكون التنفيذ بموجبها بخاتم المحكمة، ويوقعها الكاتب بعد أن يذيلها بالصيغة التنفيذية، ولا تسلم إلا للخصم الذى تعود عليه منفعة من تنفيذ الحكم، ولا تسلم له إلا إذا كان الحكم جائزا تنفيذه والمادة (٣/٢٨٠) مرافعات:

ولا يجوز التنفيذ فى غير الأحوال المستثناة بنص فى القانون إلا بموجب صورة من السند التنفيذى عليها صيغة التنفيذ التالية: على الجهة التى يناط بها التنفيذ، أن تبادر إليه متى طلب منها، وعلى

السلطات المختصة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة متى طلب إليها ذلك"

شرح المادة

ألزم النص المادة، قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم أو القرار الواجب النفاذ، أن يزيله بالصيغة التنفيذية، التى هى إعلان عن صدور وجوب تنفيذ الحكم أو القرار، وتكليف الجهة التى يناط بها التنفيذ أو السلطة المختصة بالتنفيذ أن تقوم على تنفيذه، بأن تتخذ الإجراء الكفيل بهذا التنفيذ، ولو استدعى الأمر استعمال القوة الجبرية لكن لا ينبغى استخدام القوة الجبرية إلا فى نهاية المطاف، بعد استنفاد المحاولات والمساعى لتنفيذ الحكم بالطرق الودية، فإن استغلقت هذه المحاولات، فيتعين المصير إلى القوة الجبرية، لأن من الخصوم من لا يقبل التنفيذ الودى، ولا يجدى معه إلا التنفيذ الجبرى. ولأنه بدون استخدام هذا الطريق لن ينفذ الحكم أو القرار، وسيظل بلا فاعلية ولا قيمة. ولا يعدو أن يكون حبرا على ورق، وهو من الخطورة بمكان حيث، يعصف عدم التنفيذ بالقوة والاحترام الواجب للأحكام، وتمثل افتئاتا عليها، وانتقاصا لها، بل وإهداراً لحجيتها، كما أنه يمكن منكر الحق أو الغاصب له من جنى ثمار عدوانه، والإفلات من قبضة العدالة واضطراب التعامل، والإخلال بالحقوق، وإهدارها، هو ما يترتب عليه زعزعة الاستقرار فى المعاملات، وزوال هيبة القانون من النفوس، وهو ما يمثل بحق انتهاكا للعدالة، وخصما من رصيدها المقدس التى هى أساس لقيام المجتمع وانتظامه وأمانه. ولا يجوز لصاحب الشأن المستفيد من تنفيذ الحكم، أن ينفذ الحكم إلا لمرة واحدة، ولذلك لا يعطى إلا صورة تنفيذية واحدة، ضبطا لعدم تكرار التنفيذ. فإذا حصل على الصورة التنفيذية، ولم يقم بالتنفيذ بسبب ضياع الصورة التنفيذية فإن المشرع

يكفل له الحصول على صورة تنفيذية أخرى، ضمانا وحمايـة لحقـه فـى التنفيذ.

فقد قضى بأن: الصـورة التنفيذيـة الثانيـة مـن الحكـم لا تعطـى للمحكوم له إلا عند ضياع الصورة التنفيذية الأولى - اسـتثناء مـن الأصـل العام - وهو أن الصورة التنفيذية من الحكم، لا تعطى للمحكوم له إلا مرة واحدة تفاديا لتكرار التنفيذ بمقتضى سند تنفيـذى واحـد ومـؤدى ضيـاع الصورة التنفيذية الأولى هو فقـد صاحبـها لهـا، وعـدم اسـتطاعته العثـور عليها، بحيث تبقى ملكيته لها، ولا تـزول عنـه إلا بسـبب قـانونى ولا تتوافر له الوسيلة لاستردادها.

نقض رقم ١٠٠/٤٠ق ، السنة ٢٨، فى ١٩٧٧/٢/١٣

المادة (٦٩)

يجرى التنفيذ بمعرفة المحضرين أو جهة الإدارة.

ويصدر وزير العدل قرارا بإجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه، ومن يناط به ذلك"

المذكرة الإيضاحية

وحددت المادة (٦٩) من المشروع، المقابلة للمادة (٣٤٩) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والمادتين (١/٢٧٩، ٨٩٠) من قانون المرافعات من يناط به تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية - نفس ومال - والوقف بصفة عامة، بأن جعلته للمحضرين وجهة الإدارة. أما فيما يتعلق بالأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه، فنظرا لطبيعتها، ومراعاة لمشاعر الصغير وحالته النفسية، فقد أناطت الفقرة الثانية من المادة بوزير العدل إصدار قرار بإجراءات تنفيذها ومن يعهد إليه بذلك، حتى لا يضار الصغير من إجراءات التنفيذ الجبرى.

النص المقابل

هو نص المادتان (١/٢٧٩، ٨٩٠) من قانون المرافعات.

يجرى التنفيذ بوساطة المحضرين، وهم ملزمون بإجرائه بناء على طلب ذى الشأن متى سلمهم السند التنفيذى"

ونصت المادة (٨٩٠) على أن:

يحصل التنفيذ المذكور فى المادة السابقة، وكذلك تنفيذ ما عدا ما نص عليه فى المادة (٨٨٩) من الأحكام و القرارات بمعرفة جهات الإدارة أو من يعينه وزير العدل لذلك.

شرح المادة

أناطت المادة تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه إلى المحضرين أو جهة الإدارة. فالمحضر هو الشخص المنوط به عملية التنفيذ، فهو موظف يمثل السلطة العامة ونائب عن طالب التنفيذ فى مباشرته للتنفيذ، ويلتزم باتباع الإجراءات والقواعد المحددة فى القانون عند إجراء التنفيذ. ولأن المحضر يمثل السلطة العامة، فإنه يلجأ إلى السلطة المختصة لكى تعينه على مواجهة عقبات التنفيذ، وليتغلب على كل الموانع التى تحول دون التنفيذ وبصفته وكيلا عن طالب التنفيذ، فإنه يباشر مهمته باسمه ولحسابه وتحت مسئوليته[1]

دون أن يكون لطالب التنفيذ القيام بالتنفيذ بنفسه، وإنما عليه أن يسلم السند التنفيذى للمحضر ليقوم بالمهمة.

ويجرى التنفيذ وفقا لما نص عليه قانون المرافعات تحت إشراف قاضى للتنفيذ يندب فى مقر كل محكمة جزئية، من بين قضاة المحكمة الابتدائية وطبقا لقرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠ بالإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه أو رؤيته أو سكناه، ومن يناط به ذلك. فقد أوكل تنفيذ هذه الأحكام والقرارات للمحضر المختص، وبحضور أحد الأخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة، بإشراف قاضى التنفيذ، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل.

وتجدر الإشارة إلى أن تنفيذ الأحكام والقرارات بواسطة المحضر وجهة الإدارة، تعم كافة الأحكام والقرارات الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية فى مسائل الولاية على النفس والولاية على المال، وكذلك

١- د. حامد فهمى، المرافعات المدنية والتجارية، ص٨.

الوقف، نظرا لطبيعة المنازعة فى هذه المسائل، ومن حيث كونها امتداداً للحالة المدنية، فالحالة المدنية والشخصية قرينتان ومتلازمان.

تطبيقات قضائية.

فقد قضى بأن: تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا وقوعه على عاتق طالبه وتحمله مخاطره إذا ما ألغى الحكم. التزامه بتعويض الضرر الناشئ عن التنفيذ، عدم توقف ذلك على ثبوت خطئه أو سوء قصده.

نقض رقم ٥٥/٩٣ق ، فى ١٩٨٨/١١/٢

- وقضى بأن: المقصود من تذييل الأحكام بالصيغة التنفيذية، تأكيد أن طالب التنفيذ هو صاحب الحق الثابت بالحكم، وأنه لم يستوف هذا الحق بتنفيذ سابق.

الطعن رقم ٥٩٠ لسنة ٣٤ق ، فى ١٩٦٩/١/٢٨

- وقضى بأن إعلان الحكم أو السند الواجب التنفيذ به للمدين، والتنبيه عليه بالوفاء، وأن كان من الإجراءات التي رتب القانون على إغفالها البطلان، إلا أن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام، إذ هو قد شرع لمصلحة المدين وحده فلا يقبل من غيره التمسك به.

الطعن رقم ٢٥/٢٧٥ق ، فى ١٩٥٩/١١/١٩.

المادة (٧٠)

يجوز للنيابة العامة، متى عرضت عليها منازعة بشأن حضانة صغير فى حضانة سن النساء، أو طلبت حضانته مؤقتا من يرجح الحكم لها بذلك، أن تصدر بعد إجراء التحقيق المناسب قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها.

ويصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل، ويكون واجب التنفيذ فورا إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة فى موضوع حضانة الصغير.

المذكرة الإيضاحية

واستحدثت المادة(٧٠) من المشروع حكم جديدا، يواجه مشكلة تثور كثيرا فى الواقع، ولا تجد النيابة العامة سندا للتصرف الذى يقتضيه الحال لمواجهتها، وهى حالة وجود منازعة على حضانة الصغير الذى لا زال فى سن حضانة النساء، سواء كانت هذه المنازعة إيجابية بأن تنازع طرفان على حضانته، وتقدمت من يرجح الحكم لها بذلك بطلب لحضانته مؤقتا.

فأجاز النص للنيابة العامة - فى هاتين الحالتين - بعد إجراء التحقيق المناسب وسؤال أطراف المنازعة - ومن ترى لزوما لسماع أقواله - أن تصدر قرارا مسببا بتسليم الصغير إلى من تتحقق مصلحته معها، شريطة أن يصدر القرار من رئيس نيابة على الأقل. ويكون هذا القرار نافذا فورا وبقوة القانون، ولا تزول حجيته إلا بصدور حكم من المحكمة المختصة بشأن الحضانة، ومن ثم لا يجوز الطعن على هذا القرار أو التظلم منه لأية جهة.

شرح المادة

من بين نصوص القانون التى تناولت أحكاما جديدة، ما أتت به المادة (٧٠) لتواجه مشكلة الحضانة، التى كثيرا كان يثور بشأنها النزاع بين الأم و الأب، ويحتدم الخلاف بينهما، ويكون الضحية هو الطفل، الذى قد ينتزع بالقوة من صاحب الحق فى حضانته، ولا يستطيع أحد حتى النيابة العامة أن تجابه الخلاف بحل يعطى الحضانة لمن يبتدى بحسب الظاهر أن الحق له، وكان يتعين فى ظل النصوص المطبقة قبل صدور هذا القانون الانتظار لحين صدور حكم المحكمة.

وأمام هذه المشكلة الضاغطة، التى كانت تمثل ساحة خصبة للمنازعة بين الأم والأب، ارتأى المشرع أن يقدم النص السند للنيابة العامة للتدخل فى منازعات الحضانة - أسوة بالمنازعات حول مسكن الحضانة - وذلك فى المرحلة المبكرة من حياة الصغير والتى تتقرر الحضانة فيها للنساء، وهى المحددة قانونا بعشر سنوات للصبى، واثنتى عشرة سنة للصبية. ومفهوم ذلك أنه لا مجال لتدخل النيابة العامة فيما بعد هذه السن، لأنها ليست سن حضانة النساء، حتى لو كانت كفة النساء هى الراجحة.

ومفاد نص المادة أن تصدى النيابة العامة فى مسألة تقرير صاحب الحق فى الحضانة وإصدارها قرارا بذلك إنما يكون فى حالة ما إذا عرض عليها منازعة بشأن حضانة الصغير فى المرحلة السنية الأولى التى تكون فيها الحضانة للنساء بقوة الشرع والقانون، وطلب الطرفان المتنازعان أو أحدهما أن تخوله حق الحضانة مؤقتا، ومن ثم فإن النيابة العامة بما لها من صلاحيات وسلطات فى التحقيق والتحرى أن تجرى تحقيقا فى الموضوع، وأن تتناول المنازعة من كافة جوانبها، ومع كل الأشخاص المعنيين بها، فإذا ما استبان لها الحقيقة، وكونت عقيدتها

فى المسألة، كان لها أن تصدر قرار محيثا بضم الصغير إلى من تدل الشواهد على أحقيته بحضانته، وحيث تكون مصلحة الصغير. ويتمتع قرار النيابة بتسليم الصغير إلى الأم أو غيرها من النساء، فى الغالب الأعم بالنفاذ المعجل وبقوة القانون. ويظل كذلك حتى يصدر حكم من المحكمة وعندئذ يكون قرارها هو المعول عليه، وهو السند فى تقرير الأحقية دون سواه، لأن القضاء هو جهة الفصل النهائى والحاسم للأنزعة التى تدور بين المتخاصمين. وبغير ذلك لا يزول عن قرار النيابة الحجية حول الاستحقاق فى الحضانة، ولا يتأتى الطعن عليه أو التظلم منه أمام المحامى العام مثلا.

وينبغى أن يصدر قرار النيابة بشأن أحقية النساء من عدمه فى الحضانة من رئيس النيابة على الأقل، ليصدره عن بصيرة وخبرة تتناسب مع أهمية الموضوع.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأنه: إذا كان يبين من الحكم السابق أن المطعون عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغير إليه لبلوغها أقصى سن الحضانة، وأنها استغنت عن خدمة النساء، فقضى الحكم برفض الدعوى استنادا إلى أنه ثبت من الكشوف الطبية أن الصغيرة مصابة بمرض التبول اللا إرادى، مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء، وكان الثابت من مدونات الخكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه إلى سبب استجد بعد صدور ذلك الحكم، وإنما استند إلى مجرد إهدار الدليل الذى أقام الحكم السابق قضاءه عليه، دون أن تتغير الدواعى والظروف التى أدت إلى إصداره، فإنه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم، وتعلق بذات الحق محلا وسببا وحاز قوة

الأمر المقضى، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدروه من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملا بالمادة (٢٤٩) من قانون المرافعات.

نقض فى ١٩٨٠/٤/٣٠، ١٢٦٩

- وقضى بأنه: متى كان الحكم قد نفى فى أسباب سائغة عن الأم أهليتها لحضانة ولدها، فإن الجدل فى ذلك، لا يعدو وأن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الحكم لمقتضيات حرمان الأم من الحضانة، مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

نقض فى ١٩٥٨/٣/٢٧ ،ص ٢٩.

- وقضى بأن: الحكم نهائيا بإبقاء الصغير فى يد والدته. مناقضة الحكم المطعون فيه لحجيته - بقضائه بتأييد الحكم المستأنف بضم الصغيرة للمطعون ضده - دون الاستناد لأسباب استجدت بعد صدور الحكم النهائى: أثره، جواز الطعن فيه بطريق النقض.

الطعن رقم ٨٠ لسنة ٦٨ق ، فى ١٩٩٨/١١/٣٠

- وقضى بأن: الأم أحق النساء بحضانة الصغير. عدم وجودها أو عدم أهليتها. أثره، انتقال حق الحضانة إلى من يليها. م٢٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥. تقديم أم الأم على أم الأب فى الحضانة مع تساويهما فى درجة القرابة، على ذلك.

نقض رقم ٦٤/١١ق ، فى ١٩٩٩/٦/٢٨.

المادة (٧١)

ينشأ نظام لتأمين الأسرة من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب، يتولى الإشراف على تنفيذه بنك ناصر الاجتماعى.

ويصدر بقواعد هذا النظام وإجراءاته و طرق تمويله قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات.

المذكرة الإيضاحية

ويمثل نص المادة (٧١) من المشروع، أهم أحد الأهداف الاجتماعية التى تغياها المشروع، بوضع اللبنة الأولى فى إقامة صرح للتكافل الاجتماعى باعتباره من الركائز التى عنيت بها الشريعة الإسلامية الغراء وبموجبه وضعت قاعدة تفتح الطريق لإقامة نظام تأمينى على الأسرة لحمايتها من الكوارث، من بين أهدافه ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بالنفقات. وجعل الإشراف على هذا النظام لبنك ناصر الاجتماعى. وأناط بوزير العدل - بعد موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية - إصدار قرار بقواعد هذا النظام وإجراءاته.

فقه المصطلحات

الضمان الاجتماعى، فى المصطلح الإسلامى، هو تكافل وتعاون على تلبية المطالب الحياتية المادية والمعنوية لكل فئات المجتمع ولبناته الأساسية. وتنبثق فكرة الضمان الاجتماعى من المنظومة التشريعية فى الإسلام، التى تتعدد مصادرها، وتتنوع جوانبها، وتتشعب وسائلها بغرض تحقيق حد الكفاية الحياتية لكل شخص فى المجتمع.

والضمان الاجتماعى فى معناه الأخص، هو الوفاء بالمتطلبات الضرورية للفئات المحرومة، من الطعام والكساء والسكن.

وقد أصلت النصوص فكرة الضمان الاجتماعي في غير موضع، منها قوله تعالى: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) المائدة/٢ وقوله تعالى: ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب، ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسائلين وفى الرقاب" البقرة /٤٤.

وقوله عز وجل: **وفى أموالهم حق للسائل والمحروم" الذاريات/١٩**

وقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا" رواه البخارى ومسلم.

وقول الرسول – صلوات الله عليه – مثل المؤمنين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد الواحد، إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى" رواه البخارى ومسلم.

هذه المؤيدات الشرعية، للضمان الاجتماعى، تجعل من الضمان للفئات المحرومة بوجه عام، وللأسرة بوجه خاص ضرورة تشريعية، وفرضا محتوما، وهو ما دلت عليه السوابق الإسلامية فى خصوص مبدأ التكافل العائلى.

من ذلك ما يروى أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – كان إذا أتاه فئ – مورد مالى – أعطى الآهل – (من له أهل) – حظين (سهمين) وأعطى الأعزب حظا واحدا[1].

وروى أبو عبيد أن عمر بن الخطاب زوج ابنه عاصما، وأنفق عليه شهرا، من مال الله[1].

1- كتاب الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام ص ٢٢٢ ، ٢٣٧

وكان عمر يفرض لكل مولود عطاء يزاد إلى عطاء أبيه مائة درهم،وكلما نما الولد زاد العطاء. وقد سار على ذلك من بعده، عثمان وعلى والخلفاء من بعدهم[٢].

هذه المؤيدات التشريعية والسوابق العملية تقرر مبدأ التأمين الحياتى بإنقاذ وبتوفير المال اللازم لأفراد الأسرة من الزوجة والزوج والأولاد والأقارب الذى يتكفل بمد المحتاج وتزويده بالنفقة اللازمة لإطعامه وكسائه ومسكنه وعلاجه، كل بحسب أولويته وبقدر حاجته. وهو ضمان اجتماعى شامل يعم كل شخص فى الأسرة، ويفى بكل حاجة أساسية ويقينا فإن صنيع المشرع فى هذه المادة، هو تجسيد — ولو كان جزئيا — واستلهام لفكرة راسخة فى التشريع الإسلامى، وهو مسلك محمود بكل المقاييس.

شرح المادة

استجاب المشرع فى المادة (٧١) لصرخات المعذبات فى الأرض وضحايا انهيار الأسر وهى المرأة زوجة كانت أو مطلقة أو الأولاد أو الأقارب بالشكوى مما يعانونه من صنوف الهوان والمذلة والبؤس والفقر المدقع الذى كان يبلغ حد التسول لاستبقاء الحياة، وقد وجد المشرع أن أمثل وسيلة هى إنشاء نظام تأمينى على الأسرة يقوم على تحقيق المطالب الضرورية لأفراد الأسرة جميعا. وجعل من المهام الأولى لهذا النظام ضمان تنفيذ الأحكام الصادرة بتقرير نفقة للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب، من خلال بنك ناصر الاجتماعى، الذى يقوم على تنفيذ هذا النظام، ويعتبر ضمان تنفيذ أحكام النفقات هو النواة الأولى فى إقامة النظام التأمينى للأسرة بالمعنى الشامل.

١- كتاب الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام ص ٢٢٢ ، ٢٣٧

٢- كتاب الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام ص ٢٢٢ ، ٢٣٧

وقد عهد النص إلى وزير العدل – بعد موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية – أن يصدر قراره المنظم لقواعد نظام التأمين على الأسرة والإجراءات الواجب اتباعها للاستفادة من هذا النظام.

وننوه إلى أهمية هذه الخطوة الرائدة، على طريق تحقيق الأبعاد الاجتماعية والمفاهيم الإسلامية الصحيحة، والإنسانية الحقة، التى يسير على دربها القانون غاية الأمر أن نظام التأمين الشامل على الأسرة فى حاجة ماسة إلى تفعيله وتجسيده على أرض الواقع، والانتقال به من الإطار النظرى إلى الواقع العملى، بحيث يرى أثره ملموسا على الزوجات والمطلقات والأولاد والأقارب.

الحاجة إلى إنشاء صندوق لدعم الأسرة

بات الحفاظ على كيان المرأة والأسرة مسألة ملحة، وضع المشرع فى هذه المادة اللبنة الأولى لها، التى هى بحق بحاجة إلى تجسيد وتشخيص لهموم الأسرة، فهى ليست مشكلة طلاق فقط، بالرغم من أن معدلات الطلاق بلغت ١٧٪، وليست مشكلة امرأة ورجل فقط، فهناك الأطفال والأولاد الجانحين والمشردين من أطفال الشوارع الذين هم ضحية أسرة منهارة وهناك مشكلة العنوسة بكل تداعياتها وتوابعها السلبية على تماسك المجتمع، وهناك العديد من النساء الذى يعلن سرا فى غيبة الرجل أيا كان السبب فى هذه الغيبة، وهناك المطلقات والأرامل بلا مأوى. وفى كلمة، فإن الأسرة فى مصر والعالم العربى، تواجه تحديات لم تواجهها من قبل، وأصبحت الأسرة والإبقاء على عافيتها الدينية والاجتماعية وتماسكها وصلابتها، معضلة يتعين وضع الأطر والآليات اللازمة لوحدتها، وحمايتها من التفكك والانهيار بفعل العديد من الظروف الخارجية والداخلية التى لا مجال لسردها.

وربما كان إنشاء صندوق لدعم الأسرة يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة فكرة يجدر الأخذ بها فى هذا المضمار، حيث تركت المادة الباب مفتوحا لإنشاء نظام تأمينى للأسرة. وينبغى أن يكون هناك نظام لتمويل هذا الصندوق، يرتكز على دعم دينى وأسرى وشعبى وحكومى، تتضافر جميعا لوضع النظام التأمينى الشامل الذى تغياه القانون.

ونوجز ملامح الدعم وتمويل الصندوق فيما يلى:

١- الدعم الدينى، ويتأتى بدعوة المؤسسات الدينية الأزهر والأوقاف والكنيسة، لتمويل الصندوق، من خلال الآليات الشرعية كالزكاة والصدقات والوصايا والهبات. وغيرها. وذلك بسبب قوة الوازع الدينى وأثره فى نجاح الصندوق.

٢- الدعم الأسرى، ويتحقق بواسطة مساهمة أفراد الأسرة بمبلغ قليل، على كل عقد زواج، وكذا الأسرة بالمعنى الواسع الذى يضم الأهل والأقارب، أصحاب الحق فى الميراث وهو إحياء للتكافل الأسرى، ويشبه هذا الدعم نظام العاقلة فى الإسلام الذى يتعاون فيه أفراد الأسرة على دفع الدية للجانى الذى ارتكب جريمة قتل خطأ. من منطلق أن الأسرة أولى بالحفاظ على كيانها، واستقرارها.

٣- الدعم الشعبى،ويتمثل فيما تقدمه الجمعيات الأهلية والمنظمات غير الحكومية، من إسهامات نقدية ، للإبقاء على الأسرة وهى الكيان الاجتماعى الجدير بالحماية. وهذا الدعم تقوم به هذه المنظمات الشعبية بحكم دورها وجهودها البارزة فى مجال التنمية الاجتماعية، والعمل الأهلى.

٤- الدعم الحكومى: وتقوم به الدولة من خلال وزاراتها وهيئاتها، المعنية بالتشريع والضمان الاجتماعى، مثل وزارة التأمينات والشئون

الاجتماعية والأوقاف والعدل والمالية، وبنك ناصر الإجتماعى، وغيرها، على أساس أن دعم الدولة مطلوب، تلتزم به شرعا وقانونا، فالدولة كافلة وعائلة لمن لا كافل له ولا عائل، تأسيسا على القاعدة الشرعية: الأمام ولى من لا ولى له".

المادة (٧٢)

على بنك ناصر الاجتماعى أداء النفقات والأجور وما فى حكمها، مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات.

المذكرة الإيضاحية

ورغبة فى تيسير الحصول على المبالغ المستحقة لأصحاب النفقات وفقا لأحكام المشروع. فقد نصت المادة (٧٢) على التزام بنك ناصر الاجتماعى بأداء النفقات والأجور وما فى حكمها مما يحكم به للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، متى طلب ذلك أى من هؤلاء ويقابل هذا النص ما ورد بالمادة (٣) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات. إلا أن نص المشروع جعل التزام البنك بالوفاء بالنفقات وما فى حكمها غير محدود بالمخصصات المالية على نحو ما كانت تشترطه الفقرة الثانية من المادة (٣) من القانون المشار إليه. وقد أناط نص المشروع بوزير العدل – بعد موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية – إصدار قرار بقواعد وإجراءات صرف هذه المبالغ.

النص المقابل

هو نص المادة (٣) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الملغى:

على بنك ناصر الاجتماعى وفاء الديون المستحقة للزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين، مما نص عليه فى المادة(١) من هذا القانون، متى طلب المحكوم له ذلك، وقدم الصورة التنفيذية للحكم أو الأمر، وما يدل على تمام الإعلان، وذلك من أحد فروعه أو من الوحدة

التابعة لوزارة الشئون الاجتماعية التى يحيل إليها البنك بالمبالغ المحكوم بها.

ويكون وفاء البنك بهذه الديون فى حدود المبالغ التى تخصص لهذا الغرض.

شرح المادة

فى إطار ما جاء به القانون من إنشاء نظام للتأمين الاجتماعى على الأسرة فى المواد (٧١) وما بعدها، أو جبت المادة (٧٢) على بنك ناصر الاجتماعى وهو أحد البنوك الاجتماعية — أن يطلع بمهمة أداء النفقات وما يلحق بها من الأجور التى صدرت بها أحكام من المحكمة المختصة، للزوجات أو المطلقات أو الأولاد أو الوالدين.

ومؤدى نص المادة الأمور الآتية:

١- أن التزام بنك ناصر الاجتماعى قاصر على أداء مبالغ النفقات والأجور فى معناها الضيق. ذلك أن وفاء البنك بالنفقات فى معناها الشامل إنما يكون بحسبانها لازمة لمقابلة الاحتياجات الأساسية للحياة. أما بالنسبة للأجور، فإن التزام البنك بأدائها، يكون فى نطاق ما يكون من أجور بديلة عن النفقة وتأخذ حكمها، كأجر الحضانة والرضاع والتعليم وما يشاكلها. أما غير النفقات والأجور من مستحقات مالية للفئات المذكورة، فلا يجب على البنك الوفاء لها.

٢- أنه لكى يقوم البنك بالتزامه فى أداء النفقات والأجور، فينبغى أن يتقدم له المستحق بالسند التنفيذى الدال على حقه بعد إعلانه بموجب الحكم الصادر من المحكمة المختصة، دون اشتراط أن يكون هذا الحكم نهائيا، كأثر لكونها واجبة النفاذ بقوة القانون.

٣- أن أداء النفقات والأجور من قبل بنك ناصر إنما يجب للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، وفى هذا التعميم لدفع النفقة لهم والالتزام فى مواجهتهم استلهام لفكرة الضمان الاجتماعى فى الإسلام، ومد لمظلة التأمين الاجتماعى على فئات اكثر استحقاقا وأشد فاقة، حيث يرتبطون بمن تجب عليه النفقة برابطة المصاهرة أو بكونهم فروعا أو أصولا للمحكوم عليه بالنفقة، فيجمع بينهم الصلة المباشرة، والقرابة القوية واللصيقة، دون غير المذكورين من الأرامل والأقارب.

وقد عهدت المادة لوزير العدل بعد موافقة وزير التأمينات - أن يصدر قراراً ببيان القواعد والإجراءات التى تتبع عند صرف النفقات والأجور من بنك ناصر الاجتماعى، وسيمثل هذا القرار بما يتضمنه من تنظيم فى هذا الخصوص علامة فارقة على إرساء نظام الضمان الاجتماعى، وتفعيله، إذا جاء على النحو المتوقع والمأمول.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأن: لفظ النفقة، شموله نفقة الزوجية ونفقة العدة، إقامة المطعون عليها الدعوى بطلب نفقة زوجية، القضاء لها فى الاستئناف بنفقة عدة من تاريخ الحكم بالتطليق، عدم اعتباره طلبا جديدا.

نقض رقم ٥٢/٣٣ق ، ١٩٨٤/٤/٢٤

- وقضى بأن الأصل فى الأحكام الصادرة بالنفقات أنها ذات حجية مؤقتة لأنها مما يقبل التغيير والتعديل، وترد عليه الزيادة والنقصان بسبب تغير الظروف، كما يرد عليه الاسقاط بسبب تغير دواعيها. وهذه الحجية المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعى النفقة وظروف الحكم بها لم تتغير فالحكم الذى ينكر هذه الحجية يكون قد خالف

القانون، ويجوز الطعن فيه بالنقض عملا بالمادة (٤٣٦) من قانون المرافعات.

نقض ١٩٧٢/٥/٢٤ ، ص ١٠٣

- وقضى بأن: علة وجوب النفقة بالقرابة، هو سد حاجة القريب ومنعه من السؤال، صلة لرحمه. والسبب فيها هو قرابة الرحم المحرمية مع الأهلية للميراث. ومن ثم فإن /٢٨/موضوع النسب يكون قائما فى الدعوى بطلب نفقة القريب باعتباره سبب الالتزام بما لا تتجه إلى المدعى عليه إلا به، فيكون ماثلا فيها وملازما لها وتتبعه وجوداً وعدما"

نقض رقم ٤٦/٢٩ق ، فى ١٩٧٩/٧/٧

- وقضى بأن: الحكم بالنفقة اعتباره مصاحبا لحال المحكوم عليه يسرا أو عسرا حتى يقوم الدليل على تبدل الظروف التى اقتضت فرضها

نقض رقم ٦٤/٣٤٥ق، ١٩٩٩/٦/٢٨

المادة (٧٣)

على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات العامة ووحدات القطاع العام، وجهات القطاع الخاص، والهيئة القومية للتأمين الاجتماعى وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة والنقابات المهنية وغيرها من جهات أخرى، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم ، وما يفيد تمام الإعلان، وأن تقوم بخصم المبالغ فى الحدود التى يجوز الحجز عليها، وفقا للمادة (٧٦) من هذا القانون، من المرتبات وما فى حكمها والمعاشات، وإيداعها فى خزانة البنك فور وصول الطلب إليها، ودون حاجة إلى إجراء آخر.

المذكرة الإيضاحية

وألزمت المادة (٧٣) من المشروع الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وقطاع الأعمال العام، وجهات القطاع الخاص والهيئة العامة للتأمين والمعاشات، والهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، وإدارة التأمين والمعاشات بالقوات المسلحة، والنقابات المهنية، وغيرها من الجهات الأخرى بأن تقوم بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها، وفقا لنص المادة (٧٨) وإيداعها خزانة بنك ناصر الاجتماعى بمجرد طلبه، ودون حاجة إلى إجراء آخر سوى قيام البنك بإرسال صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم أو الأمر وما يفيد تمام الإعلان.

وهذه المادة تقابل المادة (٧) من القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات، مع إضافة "وحدات قطاع الأعمال العام" والتى لم يكن لها وجود وقت صدور هذا القانون. فضلا عن

عبارة: وغيرها من جهات أخرى "ليشمل الالتزام أى جهة أخرى تستحدث فى المستقبل.

النص المقابل

هو نص المادة (٧) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الملغى.

على الوزارات والمصالح الحكومية ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة ووحدات القطاع العام وجهات القطاع الخاص، والهيئة العامة للتأمين والمعاشات، والهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية، وإدارة التأمين والمعاشات للقوات المسلحة، والنقابات المهنية، بناء على طلب من بنك ناصر الاجتماعى مرفق صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم أو الأمر، ما يفيد تمام الإعلان أن تقوم بخصم المبالغ الجائز الحجز عليها وفقا للمادة (٤) من هذا القانون، وإيداعها خزانة البنك، فور وصول الطلب إليها، ودون حاجة إلى إجراء آخر.

شرح المادة

حرصا من المشرع على تضافر الجهود لأداء النفقات والأجور للفئات المستحقة لها من الزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، وقياما بمسئولياتها فى تفعيل نظام التأمين الاجتماعى، ودعما لمهمة بنك ناصر الاجتماعى فى دفع النفقات لمستحقيها الزمت المادة (٧٣) الأشخاص المعنوية العامة من الوزارات والمصالح الحكومية والقطاع العام، والجهات الرسمية الأخرى وكذا وحدات القطاع الخاص، وما على شاكلتها من الجهات الأخرى، أن تجرى عملية خصم المبالغ المقضى بها من النفقات والأجور، فى الحدود القانونية الجائز الحجز عليها من المرتبات وما فى حكمها من الأجور والمكافآت، بالإضافة إلى المعاشات.

وقد حددت المادة الإجراءات التى يتم وفقا لها خصم المبالغ من هذه الجهات لحساب النفقات والأجور، بأن يتم ذلك بناء على طلب يقدم من بنك ناصر الاجتماعى مرفقا به صورة طبق الأصل من الصورة التنفيذية للحكم التى قدمها طالب صرف النفقة، بجانب ما يدل على إعلان المحكوم عليه بالنفقة وهو الشخص الملتزم بدفع النفقة، والذى يتبع إحدى الجهات الرسمية أو جهات القطاع الخاص.

ومتى تم هذا الإجراء، فإن على هذه الجهات عامة كانت أو خاصة أو قطاع أعمال أن تبادر بإيداع خزانة بنك ناصر الاجتماعى المبالغ المحكوم بها فى الحدود المقررة قانونا الحجز عليها لحساب النفقة النهائية أو المؤقتة من المرتبات والمعاشات، تمكينا للبنك من أداء المهمة المنوطة به.

المادة (٧٤)

إذا كان المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، وجب عليه أن يودع المبلغ المحكوم به خزانة بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء.

المذكرة الإيضاحية

ولما كان بعض المحكوم عليه لا يدخلون فى عداد من أشارت إليهم فى المادة (٧٣) من المشروع، فقد نصت المادة (٧٤) على وجوب أن يودع المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، دين النفقة المحكوم به خزانة بنك ناصر الاجتماعى أو أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها، وذلك فى الأسبوع الأول من كل شهر متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء. ويقابل هذا النص ما ورد فى المادة (٥) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦، بشأن تعديل أحكام بعض النفقات، مع تعديل فى الصياغة لأحكام النص.

النص المقابل

هو نص المادة (٥) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الملغى:

إذا كان المحكوم عليه بنفقة الزوجة أو المطلقة أو الأبناء أو الوالدين من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، وجب عليه أن يودع دين النفقة المحكوم به خزانة بنك ناصر الاجتماعى أو فرعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة

أى منها فى الأسبوع الأول من كل شهر، متى قام البنك بالتنبيه عليه بالوفاء.

شرح المادة

استكمالا لضمان تنفيذ نظام التأمين الاجتماعى على الفئات الأخرى التى لم يشملها نص المادة (٧٣) من العاملين أو التابعين للجهات التي شملها النص، والمحكوم عليهم بأداء النفقة للزوجات والمطلقات والأولاد والوالدين، أوجب نص المادة (٧٤) على الفئات الأخرى الذين لا يتقاضون مرتبات أو أجور أو معاشات وما فى حكمها، من الحكومة وهيئات القطاع العام و القطاع الخاص، مثل الزراع والتجار والمهنيين والحرفيين ورجال الأعمال، أن يبادروا إلى إيداع المبالغ المستحقة عليهم كنفقة، فى خزانة بنك ناصر الاجتماعى فى مقره الرئيسى أو فى أحد فروعه أو وحدة الشئون الاجتماعية الذى يقع محل إقامته فى دائرة أى منها، وذلك فى الأسبوع الأول من كل شهر.

وعلى البنك اضطلاعا بمهمته فى التيسير على الزوجات أو المطلقات أو الأولاد أو الوالدين، أن يقوم بالتنبيه على المحكوم عليه من غير ذوى المرتبات أو الأجور أو المعاشات بضرورة إيداع دين النفقة المحكوم بها، فى أى شكل من أشكال التنبيه، تتضمن تكليف المحكوم عليه بأداء ما عليه من نفقة، دون حصر ذلك فى شكل بعينه.

ملاحظاتنا على المادة

لا يزال مسألة الوفاء بدين النفقة من قبل المحكوم عليهم بها من ذوى الأعمال الخاصة والحرفيين والمهنيين، تمثل مشكلة ضاغطة لحصول المستحقين عليها وخاصة الزوجة أو المطلقة على متطلبات القوت الضرورى، إذ ليس كافيا أن ينبه بنك ناصر على هذه الفئات باداء ما

عليهم من نفقة بالطريقة التى نصت عليها المادة، إذ يسهل على هذه الفئات التفلت من أداء هذا الالتزام، لعدم تبعيتهم لأى جهة حكومية أو غير حكومية يسهل التنفيذ عليها ويستقطع من مستحقاتهم لديها فى الفئات المنصوص عليها فى المادة (٧٣) الذين يتيسر دائما تحصيل ما عليهم من تكاليف مالية عامة أو خاصة. ومما يزيد من تفاقم المشكلة أن المادة لم تفرض جزاء عند عدم الاستجابة لتنبيه بنك ناصر، وكان من الواجب فرضا جزاء عقابى عليهم، لأن فى امتناعه عن أداء النفقة لمستحقها تهديد لحقه فى الحياة ، إذا أنها مصدر القوت الضرورى للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الأقارب، وما أسفر عنه هذا الوضع من وجود هذه الفئات الحرة فى وضع أفضل من الفئات التابعة للحكومة والقطاع العام والخاص، وعدم ومساواتهم بهم فى تحصيل النفقات والخصم من المنبع.

إن معالجة وضع هذه الفئات الحرة التى يحتال البعض منها على اسقاط دين النفقة المحكوم به، أن تضاعف عليه عقوبة الحبس إذا ما دفعت دعوى بها، لأنه ممتنع وذلك إذا ثبتت إيساره وقدرته على أداء دين النفقة، فهو فى هذه الحالة ظالم ومماطل.

ولذلك أصل وسند من الشريعة، يتمثل فى قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته" فإذا أثبتت التحريات أنه موسر وامتنع عن أداء النفقة، وجبت عقوبته بشهرين لا بشهر واحد، لأنه يفتات على حقه فى الحياة، ويعرض أخص الناس لديه للمذلة والمجاعة والحرمان.

وثمة دليل آخر يعضد تقرير هذه العقوبة التقريرية المضاعفة عليه مقارنة بعقوبة الحبس لشهر واحد بالنسبة للفئات التابعة عليه مقارنة بعقوبة الحبس لشهر واحد بالنسبة للفئات التابعة للحكومة ووحدات

القطاع العام وجهات القطاع الخـاص، وهـو القيـاس علـى مـا أخـبر بـه الرسول – صلى الله عليه وسلم – على المتنع عن أداء الزكاة مـع توفـر شروطها فى حقه، بقوله: انا آخذوهـا وشـطر مالـه عزمـه مـن عزمـات ربنا. فأخذ نصف المال زيادة على مبلغ الزكاة، هو تقرير لمبـدأ تضعيـف الجزاء ردعا. وجزاء على المتنعين عن أداء ما عليهم من حق عامـا كـان أم خاصا. مع ملاحظة أن حق العباد مقدم على حق الله كما هـو المقـرر فقها، وأن فى الامتناع عـن إعطـاء الحـق لمـن هـم مـن الأهـل والأصـول والفروع، هو جرم يستأهل مضاعفة العقوبة عليه.

المادة (٧٥)

لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها، وجميع ما تكبده من مصاريف فعلية أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها.

المذكرة الإيضاحية

وحفاظا على أموال بنك ناصر الاجتماعى لتمكينه من الاستمرار فى أداء رسالته بشأن التكافل الاجتماعى على نحو ما ورد بالمادة (٧٢) من المشروع، ولمواجهة امتناع المحكوم عليه بدين نفقة أو أجور وما فى حكمها من إيداع كامل المبالغ المحكوم بها على نحو ما ورد بالمادة (٧٤) من المشروع، أو إيداع باقى المبلغ المحكوم به فيما يجاوز القدر الذى يجوز الحجز على المرتب أو الأجر أو المعاش على نحو ما ورد بالمادتين (٧٣، ٧٤) منه.

فقد خولت المادة (٧٥) من المشروع، المقابلة للمادة (٦) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات، بنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بأدائه من نفقات وأجور وما فى حكمها، فضلا عما تكبده من مصاريف فعليه أنفقها بسبب امتناع المحكوم عليه عن أدائها وخولته فى سبيل استيفاء هذه المبالغ سلطة توقيع الحجز الإدارى على أموال المحكوم عليه وفقا لأحكام القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الإدارى. ولا يتضمن تخويل البنك هذه السلطة مخالفة لما قضت به المحكمة الدستورية بجلسة ١٩٩٨/٥/٩ فى الطعن رقم ١٩/٤١ق بعدم دستورية البند (ط) من المادة الأولى من ذلك القانون، والتى كان بموجبها يجوز للبنوك التى تساهم الحكومة فى رءوس أموالها، بما يزيد على النصف حق اتباع إجراءات الحجز الإدارى عند عدم الوفاء بالمبالغ المستحقة لها إذ أن تخويل بنك ناصر التنفيذ بهذا

الطريق ليس باعتباره بنكا تربطه بالمنفذ ضده علاقة تجارية، ولكن باعتباره جهة قامت بالوفاء بالديون المستحقة عليه نيابة عنه وهو ما يدخل فى نطاق البند (ي) من المادة الأولى من قانون الحجز الإدارى التى تجيز التنفيذ بهذا الطريق لاستيفاء المبالغ التى نصت القوانين الخاصة على تحصيلها بطريق الحجز الإدارى، ومن ذلك حق هيئة التأمينات الاجتماعية فى توقيع الحجز الإدارى لاستيفاء المبالغ المستحقة لها قانونا كالاشتراكات والغرامات.

النص المقابل

هو نص المادة (٦) من القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٦ الملغى لبنك ناصر الاجتماعى استيفاء ما قام بوفائه من ديون وفقا لأحكام هذا القانون بطريق الحجز الإدارى على أموال المحكوم عليه فى حدود المبالغ الملزم بها طبقا لأحكام القانون رقم (٣٠٨) لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الإدارى.

شرح المادة

ما نصت عليه المادة (٧٥) من إعطاء بنك ناصر الاجتماعى سلطة تحصيل مبالغ النفقة والأجور وما فى حكمها التى أوفت بها لمستحقيها من الزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين، هو حق طبيعي للبنك طالما قام بهذا الالتزام نيابة عن المدينين بهذه النفقات والأجور وما فى حكمها، باعتبار أن البنك وكيل عن الملتزمين بالنفقات، والقاعدة فى الوكالة أن الحقوق والالتزامات تنصرف آثارها إلى الموكل، بما يعنى اكتسابه للحقوق الناشئة عن تصرف البنك، والتحمل بالالتزامات المترتبة عليه، وهو ما يخول البنك مكنة اقتضاء هذه الديون، بالإضافة إلى ما تكبده من مصاريف فعليه أنفقها نتيجة امتناع المحكوم عليه عن أداء ما عليه من نفقات أو أجور.

وبغير اقتضاء البنك لما سبق أن أداه من نفقات و أجــور ومـا فـى حكمها، لن يستطيع أداء رسالته فى التكافل الاجتمـاعى علـى مستوى الأسرة، وتجاه من يعـانون أشـد المعانـاة عنـد حصولهـم علـى متطلبـات حياته اليومية، سواء كان الزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالديـن، بـل ولن يتمكن البنك من الاستمرار فى هذه الرسالة التى هى من أعظم المهام التى يضطلع بـها بنـك نـاصر الاجتمـاعى. ولا يكفـى القـول بـأن هنـاك مخصصات مالية للبنك لأداء مبالغ النفقـات، لأن كـثرة المبـالغ المطلوبـة لهذه النفقات والأجور وما فى حكمها، وتعدد أسـبابها، وشـدة الحاجـة إليـها، واسـتمرارها وتدفقـها، يحتـاج إلى دعـم كافـة الجـهود الرسمية والشعبية كما أن الشرع والعدالة يفرضـان أن يوفـى المديـن مـا عليـه مـن ديـون دون زيـادة ولا نقصـان، مصداقـا لقولـه تعـالى: ﴿وإن تبتـم فلـكـم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾ البقرة /٢٨٤.

كما أن الرسول – صلـى الله عليـه وسـلم – شـدد علـى ضرورة الوفاء بالدين، ورفض أن يصلى صـلاة الجنـازة، علـى مـن مـات وعليـه ديناران، وقال: صلوا علـى صـاحبكم" ولم يصـل إلا بعـد أن قـال أحـد الصحابـة همـا علـى يـا رسـول الله" وهـو تعبـير عـن عظـم أداء الديــون لأصحابها، ونهى عن التراخى فى تنفيذ الالتزامـات الماليـة. وللبنـك أن يستوفى الديون التى له قبل المدينين بالنفقة بطريق الحجز الإدارى عنـد عدم الوفاء بها بالطرق الودية بعد إعلان أصحابها وإعذارهم بالوفاء بها.

المادة (٧٦)

استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها، وفاء لدين نفقة أو أجر أو ما فى حكمها للزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين فى حدود النسب الآتية.

(أ) ٢٥٪ للزوجة أو المطلقة وتكون ٤٠٪ فى حالة أكثر من واحدة.

(ب) ٢٥٪ للوالدين أو أيهما.

(جـ) ٣٥٪ للولدين أو أقل

(د) ٤٠٪ للزوجة أو المطلقة ولولد أو اثنين والوالدين أو أيهما.

(هـ) ٥٠٪ للزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما.

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن تزيد النسبة التى يجوز الحجز عليها على ٥٠٪ تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم.

المذكرة الإيضاحية

وتناولت المادة (٧٦) من المشروع، زيادة النسبة التى يجوز الحجز عليها إلى ٥٠٪ من المرتب أو الأجر أو المعاش وما فى حكمها كحد أقصى لما يجوز الحجز عليه تقسم بين المستحقين بنسبة ما حكم به لكل منهم عند التزاحم، فخصت الزوجة أو المطلقة بنسبة ٢٥٪ وتكون ٤٠٪ فى حالة وجود أكثر من واحدة، والوالدين أو أيهما بنسبة ٢٥٪، وللولدين أو أقل بنسبة ٣٥٪.

فإن اجتمعت زوجة أو مطلقة وولد أو اثنين والوالدين أو أيهما فيتعين أن لا تزيد النسبة عن ٤٠٪ وفى الحالة الأخيرة إذا كان هناك أكثر من ولدين أو والدين أو أيهما وزوجة أو مطلقة تكون النسبة ٥٠٪

ومن البديهى أنه فى غير حالات التنفيذ التى عرضت لها المادة تظل نسبة الربع هى الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه وفقا لما تقرره المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات والقوانين الخاصة الأخرى، ويراعى أن المبلغ المحكوم به والمصطلح على تسميته " نفقة متعة" للمطلقة وفقا لنص المادة (١٨) مكررا من القانون رقم ٢٥ لسن ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للنسب المشار إليها بنص المشروع. وإنما تدخل فى نطاق ما ورد بالمادة (٣٠٩) من قانون المرافعات باعتبارها تعويضا لجبر ما لحق المطلقة من ضرر.

النص المقابل

هو نص المادة (٤) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الملغى

" استثناء مما تقرره القوانين فى شأن قواعد الحجز على المرتبات أو الأجور أو المعاشات وما فى حكمها، يكون الحد الأقصى لما يجوز الحجز عليه منها وفاء لدين مما نص عليه فى المادة (١) من هذا القانون فى حدود النسب الآتية:

(أ) ٢٥٪ للزوجة المطلقة، وفى حالة وجود أكثر من واحدة، يوزع هذا القدر بينهن بنسبة ما حكم به لكل منهن

(ب) ٣٥٪ للابن الواحد أو أكثر على أن يوزع بينهم بنسبة ما حكم به لكل منهم.

(جـ) ٤٠٪ للزوجة أو المطلقة والابن الواحد أو أكثر أو الوالدين، وفى جميع الأحوال لا يجوز تجاوز النسبة التى يجوز الحجز عليها ٤٠٪ أيا كان دين النفقة المحجوز من أجله.

ونصت المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات على أن:

لا يجوز الحجز على الأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع ، وعند التزامهم يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة، والنصف الآخر لما عداه من الديون.

شرح المادة

اشتملت المادة (٧٦) على زيادة النسبة المقررة لنفقة الزوجة أو المطلقة، فهى ٢٥٪ للزوجة أو المطلقة الواحدة، ٤٠٪ عند تعدد الزوجات أو المطلقات، انطلاقا من الوفاء بحاجاتهن، وهى بلا شك تتطلب رفع النسبة فى حالة زيادة العدد، وهى من معايير القوامة، الثابتة بقوله تعالى: الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض،وبما أنفقوا من أموالهم" أما النسبة المخصصة للوالدين، وهما أصل الملتزم بالنفقة أو أيهما فهى ٢٥٪ وهى نسبة عادلة، استنادا على ما يثبت من وصايا بالوالدين، نجتزئ منها قول الرسول – صلى الله عليه وسلم – أنت ومالك لأبيك. وقوله تعالى: وبالوالدين إحسانا"

والنسبة المخصصة للوالدين أو أقل فهى ٣٥٪، وهى نسبة تتلاءم مع حتمية رعاية الولدين، وشدة الحاجة للنفقة، فهو مقبل على الحياة، ويحتاج إلى تهذيب نفسه، والإنفاق على شئونه، وهو جزء من أبيه، واجب عليه رعايته ، لقوله تعالى: على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" البقرة/٢٣٣" وقول الرسول لهند بنت أبى سفيان: خذى وولدك ما يكفيك بالمعروف" وهو جامع لنفقة الزوجة والولد.

- فإذا اجتمعت نفقة الزوجة أو المطلقة مع ولد أو ولدين، أو الوالدين أو أحدهما فإن النسبة هى ٤٠٪.

- فى حالة وجود الزوجة أو المطلقة وأكثر من ولدين والوالدين أو أيهما، فالنسبة المقتطعة هى ٥٠٪.

وقد وضعت المادة حدا أقصى، التى لا يجوز الحجز عما فوقها وهى ٥٠٪ تقسم بين المحكوم لهم بالنفقة بنسبة ما حكم به لكل منهم وما من شك أن رفع النسبة بالطريق المنصوص عليها، يستجيب لمتطلبات المستحقين للنفقة، ويتلاءم مع غلاء المعيشة ويشعر المحكوم عليه بأهمية الالتزام المفروض، وضرورة الوفاء به.

المادة (٧٧)

فى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين النفقة أو المطلقة فنفقة الأولاد، فنفقة الوالدين ، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى.

المذكرة الإيضاحية

وأوضحت المادة (٧٣) من الشروع، المقابلة للمادة (٨) من القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات والمادتين (٢،٩/١) من القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، الحكم فى حالة التزاحم بين ديون النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام المشروع فيما بينها، وكذلك بالنسبة للديون الأخرى، فجعلت الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ثم نفقة الأولاد ثم نفقة الوالدين ثم نفقة الأقارب ثم الديون الأخرى. وقد راعى المشروع فى ذلك مراتب ديون النفقات المقررة شرعا من حيث القوة وأولويتها على سائر الديون الأخرى.

النص المقابل

وهو نص المادة (٨) من القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٦ الملغى

فى حالة التزاحم بين الديون تكون الأولوية لدين نفقة الزوجة أو المطلقة ، فنفقة الأبناء، فنفقة الوالدين، فنفقة الأقارب، ثم الديون الأخرى.

ونص المادة (٩/١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ ، ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم فى مرتبته على ديون النفقة الأخرى"

كذلك المادة (٢) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥:

المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا، كما فى المادة السابقة من تاريخ الطلاق"

فقه المصطلحات

عالج نص المادة (٧٧) مسألة التزاحم بين ديون النفقة، ومقتضى التزاحم أحقية المستحقين للنفقة بموجب حكم قضائى أو اتفاق على استيفاء دين النفقة، وقد ذهب الفقه الشرعى إلى تقديم نفقة الزوجة على ما سواها من نفقات الفروع والأصول. والنصوص قاضية بهذا المعنى، كقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – لمن سأله عن النفقة قال: ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شئ فلأهلك، فإن فضل شئ فلذى قرابتك"

وفى حديث الرسول – صلى الله عليه وسلم – لهند زوجة أبى سفيان خذى وولدك ما يكفيك بالمعروف" فقدم نفقتها، على نفقة الولد.

وفى الحديث: خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلى، وليبدأ أحدكم بمن يعول" والمستقرئ لحال الأسرة يجد أن الزوجة طرف أصيل فيها، وهى مستودع البنين والبنات ومن حبست نفسها وكرست خدماتها لصالح زوجها وأولادها، فوجب أن تتمتع بالأولوية فى الإنفاق عليه عند التزاحم في دين النفقة. فهذا تطبيق للقاعدة الفقهية الغرم بالغنم. وقول الرسول– صلى الله عليه وسلم – كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول.

ومن جهة أخرى، فإن نفقة الزوجة والولد مقدمة على نفقة الأم والأب، فهذا ما يدل عليه الترتيب الوارد فى قوله تعالى: وعلى المولود له

رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده، وعلى الوارث مثل ذلك. البقرة /٢٣٣. فالنفقة بحسب نظم الآية، للزوجة، للولد، والوارث التالى للزوجة والولد وهما الأب والأم. والمغزى فى إيراد الميراث فى الآية يعنى أن تشريع النفقة إنما بنى على الميراث، وتقيد بقيوده، فقد أوجب الله تعالى على الوارث مثل ما أوجب على المولود له، وكما يجب لكل منهما من الحق فى مال الآخر ميراثا، يجب على كل منهما أن يقوم بحاجة الآخر بالإنفاق[1].

وأما تقديم نفقة الوالدين على الأقربين، فإن سندها قوله تعالى: يسألونك ماذا ينفقون، قل ما أنفقتم من خير فللوالدين و الأقربين" البقرة/٢١٥. فإن قرابة الأبوة مقدمة على قرابة الأقارب فى الإنفاق. وقول الرسول – صلوات الله عليه – لمن سأله من أبر؟ قال: أمك وأباك وأختك وأخاك ومولاك الذى يلى،ذاك حق واجب ورحم موصولة"

شرح المادة

جاءت المادة بترتيب صريح لاستيفاء دين النفقة عند التزاحم فيها بين المستحقين لها من الزوجة أو المطلقة أو الأولاد أو الوالدين أو الأقارب فأعطت الأولوية فى استيفاء النفقة للزوجة أو المطلقة، ثم الأولاد ثم الوالدين، ثم الأقارب. فالترتيب فى المادة مبناه درجة الاستحقاق، وترتيب الأولويات، الناشئ عن قوة القرابة.

وبهذا المنحى للمادة، أغلق الباب أمام بعض الأزواج الذين كانوا يتحايلون على نفقة الزوجة، ويكيدون لها بالإيعاز للأهل والأقارب بإقامة دعوى نفقة صورية للإضرار بالزوجة أو المطلقة ووضع العراقيل أمامها حتى لا تحصل على النفقة المستحقة لها، لذلك فقد أكد النص.

١– المؤلف، الأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص١٧٣.

على ما ذهب إليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فـى م ٩/١ مـن أن نفقـة الزوجة لها امتياز على جميع أموال الزوج، وأنها تتقدم فى مرتبتها على النفقات الأخرى.

وقد راعى المشرع فـى ذلـك، الاحتكـام إلى قرابـة المصـاهرة بـين الزوج والزوجة أو المطلقة، وهى قرابة متحققة بقوة الشرع والقانون، ولأن الزوجة انقطعت عن والديها، لمصلحـة الـزوج وأولادهـا وكرسـت وقتـها لخدمتهم، وحبست نفسـها علـى طاعـة زوجـها امتثـالا لحكـم الشـرع. ولاعتبار عملى، وهو تلاعب بعض الأزواج وإنكارهن لواجـب الزوجـة أو المطلقة فى النفقة، وإسقاطها نكاية فيها وانتقاما منها.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأن: الفقة يقضى بتقديم دين نفقـة الزوجـة والأطفـال وذوى والأرحام على سائر الديون، وأن الغرماء لا تزاحم هذه النفقة، كما نص على ذلك فى الجزء الخامس من الدر المختار ورد المحتار.

الدعوى رقم ٣٢/١٨٩٤ ، فى ١٩٣٣/٨/٢٠ الجمالية

- وقضى بأن: المقرر شرعا أن الولد مقدم فـى وجـوب النفقـة علـى الأخ"

الدعوى رقم ٢٧/١٠٩٧ سمالوط ، فى ١٩٢٨/٥/١٧

- وقضى بأن: يقضى الفقه بأنه إذا اجتمع الأصول فـى قرابـة مـن تجب له النفقة وتعددوا، ولم يكن منهم الأب والجد، تجب النفقة علـى الأقرب فالأقرب من جهة الأصول، على من يرث معه.

الدعوى رقم ٤٠/٤٢٦٦ س ك مصر ، فى ١٩٤٢/٣/٢٣.

المادة (٧٨)

لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة المشار إليها فى المادة السابقة، وقف إجراءات التنفيذ.

المذكرة الإيضاحية

وحتى لا يقوم ما يعرقل عملية تنفيذ الأحكام الصادرة بالنفقات أو الأجور وما فى حكمها، مما نص عليه المادة (٧٩) من المشروع، فقد تضمنت المادة (٧٨) منه بالمقابلة للمادة (٢) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات — خروجا على القاعدة العامة فى قانون المرافعات — بأن لا يترتب على رفع الإشكال الأول من المحكوم عليه بهذه الديون أثرا واقفا للتنفيذ، وذلك رعاية للمحكوم لهم ومواجهة حاجاتهم بعد أن امتنع الملزم بالنفقة عن الإنفاق عليه حتى استصدروا حكما بإلزامه، ووضع حد لمماطلته فى هذا الخصوص.

النص المقابل

هو نص المادة (٢) من القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٦ الملغى:

لا يترتب على أى إشكال مقدم من المحكوم عليه وقف إجراءات التنفيذ بالنسبة لأى من الديون المشار إليها فى المادة السابقة. ومع ذلك لا يجوز للمحضر أن يتم التنفيذ قبل عرض الأوراق على قاضى التنفيذ ليأمر بما يراه.

شرح المادة

لما كان حكم النفقة يواجه المطالب الأساسية للحاجات اليومية للزوجة والمطلقة والأولاد والوالدين والأقارب، فقد جاءت المادة آخذة فى الاعتبار هذه الضرورة، بالخروج على القاعدة الأصلية التى تقضى بوقف

إجراءات التنفيذ نتيجة الإشكال فى التنفيذ وقررت بأنه لا يترتب على الإشكال فى تنفيذ أحكام النفقة، أثره فى وقف التنفيذ، استشعارا بحتمية التنفيذ وذلك للحاجة الملحة للنفقة ممن صدر له الحكم لها من الفئات التى ذكرناها، إذ أنه بتعيش منها، ويقتات عليها، فلا يجوز فى منطق العدالة، أن يتخذ القضاء أداة العدالة وحصنها وسيلة لوقف إجراءات تنفيذ حكم النفقة، وحتى لا يتخذ الزوج المحكوم ضده، الإشكال فى التنفيذ ذريعة لإذلال المحكوم له، وتعريض مورد قوته للخطر والتنكيل به.

تطبيقات قضائية

- فقد قضى بأن: لا يقبل الإشكال فى تنفيذ حكم النفقة بدعوى براءة الذمة، مستندة إلى أوراق منكرة، إلا إذ أودع المطلوب التنفيذ به.

الدعوى رقم ٢٩/١٠١٩ ك مصر ، فى ١٩٣٠/٤/١٣

- وقضى بأن: طلب المستشكل إيقاف التنفيذ لأن المستشكل ضدها أبرأته من مؤخر صداقها ونفقة عدتها ونفقة البنت وأجرة حضانتها بإشهاد من مأذون الكنيسة " صيغة الإبراء : أبرأتك من مؤخر صداقى ومن نفقة عدتى منك إلى انقضائها شرعا، ومن نفقة حضانة ابنتى المرزوقة منك المسماة انشراح إلى انقضائها شرعا، وأسألك الطلاق على ذلك"

وحيث إن الإبراء مذكور فى إشهاد الطلاق ليس نصا فى الإبراء من نفقة البنت بنوعيها، وإن أضافة كلمة نفقة إلى كلمة حضانة تفيد أن المراد بها إنما هو أجرة الحضانة... فالعلة فى النفقة هى الحضانة، وإذا كانت الحضانة هى علة النفقة، فإنها هى البتة على معنى الأجرة،

فيكون الإبراء على ذلك إنما هو إبراء من أجرة حضانة البنت، لا من نفقة طعامها وبدل كسوتها.

الدعوى رقم ٢٩/٢٤١ المنشية فى ١٩٣١/٥/٦.

المادة (٧٩)

مع عدم الإخلال بأية عقوبة ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر يعاقب بالحبس الذى لا تقل مدته عن ستة أشهر كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذاً لحكم أو لأمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون، بناءً على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك.

وتكون العقوبة الحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين، لكل من تحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ غير مستحقة له، مع علمه بذلك، مع إلزامه بردها.

المذكرة الإيضاحية

ومنعاً لكل تحايل قد يلجأ إليه البعض للحصول على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى بدون وجه حق، نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٩) من المشروع المقابلة للمادة (٩) من القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٦ بشأن تعديل أحكام بعض النفقات - على عقاب كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعى نفاذاً لحكم أو لأمر مما نص عليه فى المشروع، إذا كان قدر صدر بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك، بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر واستحدثت الفقرة الثانية من المادة (٧٩) من المشروع حكماً جديداً بموجبه عاقبت كل من يتحصل من بنك ناصر الاجتماعى على مبالغ زال سبب استحقاقه لها أو لم تكن مستحقة له مع علمه بذلك، بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، وذلك كله مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر.

النص المقابل

هو نص المادة (٩) من القانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٧٦ الملغى مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون

آخر يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي نفاذاً لحكم أو لأمر مما نص عليه في هذا القانون، صدر بناء على إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة.

شرح المادة

حتى لا يتخذ بنك ناصر مطية للاستيلاء على أمواله والإثراء على حساب رسالته السامية في إمداد المحتاجين من أفراد الأسرة بالنفقة التي تقوم بأودهم، ضمن المشرع في المادة (٧٩) من القانون، جزاءً جنائياً على كل من تسول له نفسه من بعض ضعاف النفوس والمتحايلين من الحصول على مال من البنك دون وجه حق ولا سند له من شرع ولا قانون.

وقد اختطت المادة لتحقيق ذلك طريقين:

١- أن يتوصل الشخص إلى الحصول على أية مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي بدون وجه حق بناء على حكم أو أمر صدر استناداً إلى أحكام هذا القانون عن طريق إجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة مع علمه بذلك، وعندئذ يعاقب بالحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر.

ويعني ذلك أن يعاقب الشخص الذي استحصل بغير حق على مبالغ من بنك ناصر الاجتماعي، شريطة أن يكون هذا الاستحصال قد تم بناءً على إجراءات أو أدلة صورية منافية للحقيقة والواقع، أو بالاعتماد على أدلة مختلقة من صنع يديه، قاصداً إلى ذلك، وعالماً بما يفعل، وذلك نفاذاً لحكم أو لأمر صادر بالنفقة وفقاً لأحكام هذا القانون، ففي هذا الفرض يكون المسلك الذي سلكه الشخص المستولي على مال البنك مؤسساً على حكم نفقة حصل عليه نتيجة استخدامه لإجراءات أو أدلة صورية أو مصطنعة، وهو على علم ودراية بما يصنع.

٢- أن يحصل الشخص على مبالغ بغير حق من بنك ناصر الاجتماعى، حالة كونه قد لا يوجد سند على استحقاقه لها، أو لم يكن ثمة أساس أو دليل لحصوله عليها، عالماً بذلك وعلى دراية بما يصنع، وفى هذه الحالة فإنه يعاقب بالحبس الذى لا تزيد مدته على سنتين؛ لأن عمله أكثر جرماً، وأشد خطورة من الحالة السابقة.

وطبقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة، فإن على من استحصل على هذه المبالغ الذى لم يكن مستحقاً لها أو زال استحقاقه لها، فإنه يكون ملزماً بردها إلى البنك، حيث إنه إذا لم يكن له حق فيها من الأساس أو سبق حصوله على هذه المبالغ مثلاً من المحكوم عليه، فإنه يكون متحصلاً على ما لا يستحق فيلتزم برده.

ويلاحظ أن رد هذه المبالغ التى حصل عليها أى من الأشخاص الذين سبق ذكرهم، قاصر على الحالة الأخيرة دون الحالة الأولى، وهو ما انتقده البعض على أساس أنه لا مبرر لهذه التفرقة؛ لأن الجانى فى الجريمتين يحصل على مبالغ غير مستحقة من بنك ناصر الاجتماعى[1].

وقد نصت المادة على أن فرض العقوبة فى الحالتين اللتان تتفقان فى النتيجة، وتختلفان فى الوسيلة، لا يخلان بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر فى هذا الشأن.

١- المستشار / محمد عزمى البكرى، الموسوعة الحديثة،ص٤ ص٤٩٥

قانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠
بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه، وقد أصدرناه

المادة الأولى

يضاف إلى قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بند جديد برقم (٩) إلى المادة (٩): أولا: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس، ومادة جديدة برقم ٧٦ مكررا، نصاهما الآتيان:

مادة (٩): أولا — المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:

بند ٩: دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ أحكام النفقات، وما فى حكمها، ويكون الحكم فى ذلك نهائيا.

مادة (٧٦) مكررا : إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم النهائى الصادر فى دعاوى النفقات والأجور وما فى حكمها، جاز للمحكوم له، أن يرفع الأمر إلى المحكمة التى أصدرت الحكم، أو التى يجرى التنفيذ بدائرتها، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به، وأمرته بالأداء ولم يمتثل، حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوما.

فإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا يقبله الصادر لصالحه الحكم، فإنه يخلى سبيله، وذلك كله دون إخلال بحق المحكوم له فى التنفيذ بالطرق العادية.

ولا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة، السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، ما لم يكن المحكوم له قد استنفد الإجراءات المشار إليها فى الفقرة الأولى.

وإذا نفذ بالإكراه البدنى على شخص،وفقاً لحكم هذه المادة، ثم حكم عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه عليه.

المادة الثانية:

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية، ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره.

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة، وينفذ كقانون من قوانينها.

صدر برئاسة الجمهورية فى ١٤ صفر سنة ١٤٢١ هـ.

الموافق ١٨ مايو سنة ٢٠٠٠م.

النص المقابل

هو نص المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة.

إذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات أو فى أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم، أو التى بدائرتها محل التنفيذ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به، وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه.

ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به، أو أحضر كفيلاً، فإنه يخلى سبيله، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية.

الحبس في دين النفقة من قبيل العقوبات التعزيرية، التي تجد سندها في النصوص الشرعية، من القرآن والسنة، بحسبان أن النفقة تمثل ضرورة حياتية لا سبيل إلى الإعفاء منها أو التنازل عنها أو إسقاطها أو الإخلال بعناصرها، وأسلوب القرآن حاسم قاطع في شأنها بقوله تعالى: ﴿إن لك ألا تجوع فيها ولا تعرى وأنك لا تظمؤ فيها ولا تضحى﴾ فهذا ضمان إلهي بأحقية كل إنسان في الحصول على متطلباته الضرورية الحياتية، والزوج مسئول عن إعالة زوجته والإنفاق عليها، والنصوص متضافرة على هذا الالتزام، بأصرح ما يكون النص، وبأقوى أنواع الدلالة، وقد ذكرناها في موضع سابق فلا داعي للإعادة.

وفي هذا السياق أبرزت النصوص قيمة الالتزام بالوفاء بالنفقة، وأنكرت التقاعس عن أداء هذا الواجب، بل وفرضت الجزاء، وكانت دلالتها على ذلك بالأساليب المختلفة بالأمر بالأداء، والنهي عن الإخلال بالنفقة أو المماطلة في أدائها أو التضييق على الزوجة فيها أو الانتقاص منها، ونسوق النص الدال على فرض الجزاء عند الامتناع مع القدرة على الأداء، بقول الرسول ﷺ : (مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته)، والمشرع المتبصر، والقاضي العادل يدرك أن امتناع الزوج عن الوفاء بدين النفقة مع قدرته ويساره، ومماطلته ولدده في الخصومة، هو من أقسى أنواع الظلم، وأشدها إيلاماً على الزوجة أو المطلقة، يحل عرضة بتأنيبه وتقريعه، وتوجيه الألفاظ النابية إليه، ويحل عقوبته، بتوقيع الجزاء المناسب بالحبس وغيرها من العقوبات البدنية (الإكراه البدني) ردعاً له ولأمثاله عن مقارفة هذا الذنب مع أقرب الأقربين.

وإذا كان جواز التعزير بالقول أو العقوبة البدنية، مقرراً في الديون المتعلقة بالغير ممن لا يرتبطون بصلة قرابة أو نسب أو مصاهرة، فإنه – التعزير – يكون أحق وأوجب في دين النفقة، لعمق الارتباط،

ووثيق الصلة بين المحكوم عليهم والمحكوم لهم فى النفقة، ومن ثم فإن المسلك الذى نهجته المادة (٧٦) مكرراً، يكون له أصل وسند فى الشريعة، بجانب اعتبارات العدالة والأخلاق وأصول الاجتماع الأسرى، وقواعد المنطق.

شرح المادة

أدرك المشرع أهمية سد ما اعتور هذا القانون من نقص، بعد سقوط مادة الحبس كأثر لإلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى نصت بين دفتيها على عقوبة الحبس، خاصة وأن الهدف من إصدار القانون هو التيسير والتبسيط فى الإجراءات لحصول كل ذى حق من أفراد الأسرة على حقه، الأمر الذى صير إضافة مادة الحبس ضمن نصوصه إجراءً لازماً ومسلكاً عادلاً، ومطلباً معلناً، نتيجة ما أثبته الواقع العملى من جدوى الحبس ودوره الملموس فى التزام الأزواج بخاصة فى الوفاء بالنفقة الواجبة والتخفيف من المعاناة التى تتكبدها الزوجة أو المطلقة فى سبيل الحصول على هذه النفقة، وعدم كفاية القدرات المالية لبنك ناصر الاجتماعى فى تمويل النفقات والأجور وما فى حكمها وكان من الطبيعى فى ضوء هذه الاعتبارات وغيرها أن يصدر القانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠.

وينبغى أن يتحقق القاضى من توافر شروط الحبس قبل إصدار حكمه، وهى:

١- أن يكون المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به، من أداء النفقة المطلوبة.

٢- أن يكون الحكم المراد تنفيذه صادراً فى نفقة أو أجرة حضانة أو رضاع أو مسكن وما فى حكمها، وفق المفهوم الضيق.

٣- أن يثبت امتناع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم، وأن تأمره المحكمة فلا يمتثل.

٤- أن يكون الحكم الصادر بالنفقة نهائياً بالفصل فيه استئنافياً أو بفوات مواعيد الطعن بالاستئناف.

٥- أن يصدر حكم الحبس من المحكمة الجزئية الشرعية التى بدائرتها محل التنفيذ، أو التى أصدرت الحكم.

٦- ألا تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوماً، ويخلى سبيله إذا ما حكم عليه به، أو أحضر كفيلاً يقبله الصادر لصالحه الحكم.

ويلاحظ أن حبس المدين فى هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه بطريق الحجز على ماله، فالحبس إذن ليس إلا إكراهاً بدنياً غير مبرئ للذمة[1]؛ لأنه لا يمنع ولا يحول دون لجوء المحكمة لصالحه من التنفيذ بالطرق العادية.

مدى دستورية مادة الحبس:

أثارت مادة الحبس فى دين النفقة والأجور وما فى حكمها جدلاً ونقداً حول مدى دستوريتها، وتركز الجدل حول إجازة حبس الزوج فى دين النفقة بالرغم من عدم جواز الحبس فى المواد المدنية والتجارية وكان المفروض أن يشمل هذا الحظر مواد الأحوال الشخصية، على أساس أنها امتداد للمواد المدنية، ومن منطلق أن دين النفقة من الديون العادية التى لا يجوز فيها الإكراه البدنى، وأيضاً لأن وجود المادة ٧٦ مكرراً الماثلة، بجانب المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، يجعل عقوبة الحبس لدين النفقة مزدوجة، وهو ما يخالف القواعد المتعلقة بالعقوبة.

فقد جاء نص المادة (٢٩٣) عقوبات على النحو الآتى:

كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجة أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع، يعاقب

---

[1]- د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، جـ ٢، ص ٨٠٢.

بالحبس مدة لا تزيد على سنة، وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة، تكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن سنة، وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن، فلا تنفذ العقوبة.

وحيث إن هذه المادة من قانون العقوبات تعاقب على الامتناع عن دفع دين النفقة، بعقوبة رادعة، فلا حاجة إذن، فى منطق البعض، من النص فى قوانين الأحوال الشخصية، على الحبس فى دين النفقة، كما حددت فى لائحة ترتيب الأحكام الشرعية، وما حل محلها بعد إلغائها فى قانون إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الحالى؛ لأن هذا النص يتناول واقعة مجرمة بالفعل ومعاقب عليها، بنص المادة (٢٩٣) عقوبات، ومقتضى إيراد المادة (٧٦) مكرراً الحالية معاقبة الزوج عن فعل واحد — الامتناع عن دفع دين النفقة — مرتين، وهو محظور دستورياً، وهذا مردود عليه بالآتى:

١- أن الإدعاء بعدم الدستورية لنص المادة (٧٦) مكرراً، لا ينهض عليه دليل ولا شبهة دليل من فقه أو منطق قانونى أو واقع، بل العكس هو الصحيح، لثبوته والدلالة عليه بالبراهين المؤيدة فمن المؤيدات التشريعية لحتمية وجود النص على عقوبة الحبس فى دين النفقة فى مسائل الأحوال الشخصية، الأصل التشريعى لقانون الأحوال الشخصية، الذى يخول لولى الأمر معاقبة المتنع عن دفع الدين بعقوبة الحبس وغيرها، والذى تأيد بالحديث الشريف، وكان الأجدى انسحاب حكم الحبس فى المسائل المدنية والتجارية وكذلك

استناداً إلى هذا الأصل التشريعى، ولو فعل المشرع ذلك لكان له الأثر الملموس فى سداد الديون فى المواد المدنية والتجارية.

٢- إن إثارة مسألة عدم الدستورية، ليست جديدة فقد سبق الطعن على نص المادة (٣٤٧) من اللائحة، الذى يقرر الحبس فى دين النفقة، وقضت المحكمة الدستورية العليا بدستوريته فى الدعوى رقم (١) لسنة (٥) ق، وذلك تأسيساً على أن الرأى المتفق عليه بين أئمة المسلمين هو جواز حبس المدين الموسر المتنع من أداء الحق إلى مستحقه حملاً له على أدائه، وإن المشرع إنما قنن فى النص المطعون فيه والنصوص السابقة عليه حكم من الأحكام المتفق عليها فى الشريعة الإسلامية، وحيث إن المنصوص عليه فى الدستور ١٩٧١ أن الشريعة الإسلامية، هى المصدر الرئيسى للتشريع" فيكون النص على حبس المدين فى دين النفقة دستورياً لوجود الدليل الشرعي عليه، وقد صدر نص المادة (٧٦) مكرراً، وفق نص الدستور ومطابقاً له.

وقد تأكد مبدأ دستورية نص الحبس مرة ثانية فى الطعن بعدم الدستورية على نص المادة (٢٩٣) عقوبات، فى الدعوى رقم (٤٥) لسنة ١٧ ق، وقد انتهت المحكمة إلى رفض الدعوى وموافقة النص الطعين لأحكام الدستور وأوردت فى مدونات حكمها، أنه كان قد صدر المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ فى شأن الإجراءات التى تتخذ وفقاً لنص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، متوخياً فض التداخل بينها وبين المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، فنص فى مادته الأولى على امتناع اللجوء لنص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات قبل أن يستنفد المحكوم لمصلحته بالنفقة، وفى الأحوال التى يطبق فيها نص المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الإجراءات المنصوص عليها فيها، وقضى فى مادته الثانية: على أنه إذا نفذ الإكراه البدنى على

شخص وفقاً لحكم المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ثم حكم عليه بسب الواقعة نفسها بعقوبة الحبس تطبيقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدنى الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم عليه بغرامة ثم خفضها عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عند كل يوم من أيام الإكراه البدنى الذى سبق إنفاذه فيه.

وأوضحت المحكمة الدستورية العليا، أن النعى على انطواء النص المطعون فيه على فرض أكثر من عقوبة عن جريمة واحدة مردود عليه:

أولاً: بما هو مقرر من أن اللجوء إلى نص المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات يفترض استنفاد التدابير التى حددتها المادة (٣٤٧) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لتحصيل النفقة المحكوم بها، وأن من يستحقونها قد تضرروا من استمرار امتناع المدين بالنفقة عن دفعها مدة ثلاثة أشهر بعد التنبيه عليه بإيفائها، مما حملهم على أن يتقدموا ضده بشكواهم استنهاضاً لنص المادة (٢٩٣) المطعون عليها، التى لا تربطها بالمادة (٣٤٧) من اللائحة واقعة واحدة يقوم بها جزاء الحبس، بل يفترض إعمال النص المطعون فيه أن المدين بالنفقة لازال مماطلاً حتى بعد أن حبس وفقاً لتلك اللائحة، وأن الامتناع عن دفعها لازال بالتالى ممتداً من حيث الزمان بما مؤداه أن وقائع الامتناع مع تعددها لا تشكل مشروعاً إجرامياً واحداً؛ بل يكون لكل منها ذاتيتها باعتبارها وقائع منفصلة عن بعضها البعض، وإن كان هدفها واحداً ممثلاً فى اتجاه إرادة المدين بالنفقة إلى النكول عن أدائها.

ومردود ثانياً: بأن عدم جواز فرض أكثر من عقوبة على فعل واحد يفترض تتابعها واستيفاء كل منها بكامله، ولا كذلك النص المطعون فيه، ذلك أن مدة الإكراه البدنى التى تم تنفيذها فى حق المدين وفقاً لنص المادة (٣٤٧) يجب استنزالها من مدة الحبس المحكوم بها، وفقاً

للنص المطعون فيه، فإذا كان قد حكم عليه بغرامة جرى خفضها عند التنفيذ بمقدار عشرة قروش عن كل يوم من أيام الإكراه البدني الذي سبق انفاذه فيه.

٣- ترسم المشرع عند صياغته لنص المادة (٧٦) مكرراً المضافة إلى القانون الحالي، بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠، نهج الحكم الذي قضت به المحكمة الدستورية في هذا الصدد، لينأى بنص المادة عن أية إثارة لشبهة عدم الدستورية، وضبط الصياغة على النحو الذي يجعل لنص المادة (٧٦) مكرراً مجاله، ولنص المادة (٢٩٣) عقوبات نطاقه، وبصورة توجد التكامل بينهما، وتتأبى على الازدواجية، ناهيك عن التنافر والتعارض بين المادتين.

برهان ذلك أنه نص في المادة (٧٦) مكرراً الفقرة (٣) صراحة على أنه: ولا يجوز في الأحوال التي تطبق فيها هذه المادة، السير في الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، ما لم يكن المحكوم له قد استنفد الإجراءات المشار إليها في الفقرة الأولى، وهو الأمر الذي يمتنع معه اللجوء إلى نص المادة (٢٩٣) عقوبات، إلا بعد استنفاده للإجراءات المنصوص عليها في المادة (٧٦) مكرراً الفقرة (١)، وهو قيد ضابط من شأنه أن يفض الاشتباك بين المادتين، ويمنع التنازع بينهما.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن المادة (٧٦) مكرراً في فقرتها الرابعة، جاءت بضابط آخر، يؤكد هذا المنحى، بقولها: وإذا نفذ بالإكراه البدني على شخص وفقاً لحكم هذه المادة، ثم حكم عليه بسبب الواقعة ذاتها بعقوبة الحبس طبقاً للمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات، استنزلت مدة الإكراه البدني الأولى من مدة الحبس المحكوم بها، فإذا حكم عليه بغرامة خفضت عند التنفيذ بمقدار خمسة جنيهات عن كل يوم من أيام الإكراه البدني، الذي سبق إنفاذه عليه.

هذا الضابط مع سابقه يسيران بالنصين نحو الاتساق، والغاية التشريعية الواحدة، ويحققان الشرعية الإسلامية والدستورية الوضعية، ويمثلان رادعاً قوياً للالتزام بمقررات الشرع والقانون بخصوص ضرورة الوفاء بدين النفقة.

ونظرة عملية إلى واقع قضايا النفقة، التى تجسد واقعاً بائساً أليماً للمرأة فى الحصول عليها، وما تتكبده من وقت ومجهود ومال يؤكد على أهمية وجود النصين لمعاقبة الأزواج الهاربين من أحكام النفقة، المانعين والمتنكرين لحق الزوجات فى النفقة، المنزلين بهن صنوفاً وألواناً من الويل والعذاب ما يأباه الشرع والقانون والأخلاق والطباع السوية، وهو ما يقود إلى القول بأن عقوبة الحبس فى دين النفقة المنصوص عليها فى المادة (٧٦) مكرراً، والمادة (٢٩٣) من قانون العقوبات دستورية لا مطعن عليهما ألبتة.

تطبيقات قضائية

فقد قضى بأن: الحبس بسبب الامتناع عن دفع النفقات ونحوها ليس عوضاً عن المبلغ المحكوم بالحبس من أجله، وإنما جعل للحمل على التسديد والردع عن المطل، ولا يلزم قياس مدة الحبس بمقدار المبلغ، بل للقاضى حبس المماطل المدة التى يراها كافية لحمله على الامتثال، فلا وجه للاستشكال فى تنفيذ حكم الحبس بتسديد بعض المبلغ المحكوم بالحبس من أجله.

الحكم رقم ٣٧/٣٦٠ الزقازيق، فى ١٩٢٨/١٠/٢٧

وقضى بأنه: وحيث إن المدعى عليه مأمور بالأداء بحكم النفقة، فلا داعى إلى تكرار الأمر وإعلانه بذلك، وبما أن المنصوص عليه شرعا أن القاضى لا يعجل بحبس المدين بل يمهله إلى مجلس أو مجلسين أو ثلاث، وبما أن حبس المدعى عليه فى هذه الحالة لا يتنافى مع تعليمات الحبس؛ لأن عادة المحاكم كانت قبلا تقرر الغرض، وكثير

منها لا يأمر بالأداء، وفي هذه الحالة يحتاج إلى أمر القاضي بالأداء، حتى يكون الامتناع مطلا وظلماً يستحق من أجله الحبس.

الحكم رقم ٣٧/١٠٧ الفيوم ، فى ١٩٣٨/٣/٩

وقضى بأنه: نص فى البند السابع عشر من تعليمات الحبس، على أن المحكوم عليه بالحبس إذا ادعى عند القبض عليه براءة ذمته من الدين، ولم يصادقه الطالب وقدم أوراقاً، يرفع الأمر إلى المحكمة التى بدائرتها القبض عليه.

الحكم رقم ٣٣/٢٩٦٠ الجمالية ، فى ١٩٣٩/٨/٢٦

وقضى: بحبس المدعى عليه ثلاثون يوماً من تاريخ إلقاء القبض عليه لامتناعه عن دفع مبلغ خمسة عشر جنيهاً للمدعية، بحيث إذا دفعها إليها أو أحضر كفيلا ترضاه، أو طلب الإفراج عنه، يفرج عنه فى الحال.

الحكم رقم ١٩٨٤/٥٩، شبرا

وقضى بأن : الأصل فى نفقة الأقارب كما نص عليه الفقهاء، أنها لا تكون ديناً فى الذمة، إلا باستدانتها فعلاً بأمر القاضى، ومن حيث إن عمل المحاكم الشرعية كلها فى مصر، استقر على تنفيذ الأحكام الصادرة منها بالحبس وبغيره بدون استدانة فعلية، إذا كان المفروض له النفقة مأذوناً بالاستدانة، ومن حيث إن الإذن بالاستدانة فى هذه الحالة صار عملاً شكلياً، ليس له أثر حقيقى فى الخارج، بل هو تمسك باللفظ فقط.

الحكم رقم ٣٥/٢٩٤ السيدة، فى ١٩٣٦/٢/٩

ملحـــق
بالقرارات الصادرة من وزير العدل
تنفيذا لأحكام القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠
بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات
التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية

وزارة العدل

قرار وزير العدل رقم ١٠٨٦لسنة ٢٠٠٠

بالمعاونين الملحقين للعمل بنيابات الأحوال الشخصية ومنحهم صفة الضبطية القضائية

الوقائع المصرية- العدد ٥٥(تابع) فى ٧مارس سنة ٢٠٠٠

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :

قـــــرر

(مادة ١)

يكون للمعاونين العاملين حالياً بنيابات الأحوال الشخصية صفة الضبطية القضائية فى خصوص الاعمال التى تناط بهم أثناء تأديتهم لأعمال وظائفهم ، وذلك فيما يتعلق بتطبيق حكم المادة (٢٦) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠

كما تثبت تلك الصفة لكل من يعين بهذه الوظيفة .

(مادة ٢)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ،ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشرة .

صدر فى ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل

المستشار / فاروق سيف النصر

وزارة العدل

قرار وزير العدل رقم ١٠٨٧ لسنة ٢٠٠٠

بتحديد اماكن تنفيذ الاحكام الصادرة برؤية الصغير والاجراءات الخاصة بتنفيذ الاحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير او ضمة او رؤيته اوسكناه ومن يناط به ذلك

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ :
وبناء على موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية :

قــرر:

(مادة ١)

تنفيذاً لأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير أو ضمه او رؤيته او سكناه تطبيقا لاحكام المادتين (٦٧ـ٦٩) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بمراعاة القواعد والاجراءات المبينة فى المواد التالية .

(مادة ٢)

يجرى تنفيذ الاحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير او ضمة او سكناه بمعرفة المحضر المختص وبحضور احد الاخصائيين الاجتماعيين الملحقين بالمحكمة.

فإن حدثت مقاومة او امتناع وعدم استجابة للنصح والارشاد . يرفع الامر لقاضى التنفيذ ليأمر بالتنفيذ بالا ستعانة بجهة الادارة وبالقوة الجبرية إن لزم الأمر , ويحرر الأخصائى الاجتماعى مذكرة تتضمن ملاحظاته ترفق بأوراق التنفيذ .

(مادة ٣)

يراعى فى جميع الاحوال ان تتم إجراءات التنفيذ ودخول المنازل وفقا لما يأمر به قاضى التنفيذ . ويجوز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذى

كلما اقتضى الحال ذلك على النحو المبين فى المادة (٦٦) من القانون رقم السنة ٢٠٠٠.

(مادة ٤)

فى حالة عدم اتفاق الحاضن او من بيده الصغير ، يكون للمحكمة ان تنتقى من الأماكن التالية مكانا للرؤية وفقا للحالة المعروضة عليها وبما يتناسب – قدر الإمكان– وظروف أطراف الخصومة ، مع مراعاة أن يتوافر فى المكان ما يشيع الطمأنينة فى نفس الصغير ولا يكبد أطراف الخصومة مشقة لا تحتمل:

١-أحد النوادى الرياضية او الاجتماعية .
٢-احد مراكز رعاية الشباب .
٣-إحدى دور رعاية الأمومة والطفولة التى يتوافر فيها حدائق .
٤-إحدى الحدائق العامة .

(مادة ٥)

يجب الا تقل مدة الرؤية عن ثلاث ساعات فيما بين الساعة التاسعة صباحا والسابعة مساءا ، ويراعى قدر الإمكان ان يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير فى دور التعليم .

(مادة ٦)

ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير فى المكان والزمان المبين بالحكم.

(مادة ٧)

لأى من أطراف السند التنفيذى أن يستعين بالأخصائى الاجتماعى المنتدب للعمل بدائرة المحكمة التى أصدرت حكم الرؤية لإثبات نكول الطرف الآخر عن التنفيذ فى المواعيد والأماكن المحددة بالحكم ، ويرفع الأخصائى الاجتماعى تقريرا للمحكمة بذلك اذا ما اقام الطالب دعوى فى هذا الخصوص .

(مادة ٨)

يلتزم المسئول الإدارى بـــالنوادى الرياضيـــة او الاجتماعيـــة او بمراكز رعاية الشباب او بدور رعاية الطفولة والامومة التى يجرى تنفيـذ حكم الرؤية فيها، وبناء على طلب اى من اطراف الســند التنفيـذى ، ان يثبت فى مذكرة يحررها حضور او عدم حضور المسئول عن تنفيذ حكـم الرؤية وبيده الصغير .

ولمن حررت المذكرة بناء على طلبة ان يثبــت مضمونـــها فـــى محضر يحرر فى قسم او مركز الشرطة التابع له مكان التنفيذ .

(مادة ٩)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ، ويعمل به من اليوم التـالى لتاريخ نشره .صدر فى ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل
المستشار / فاروق سيف النصر

وزارة العدل

قرار وزير العدل رقم ١٠٨٨ لسنة ٢٠٠٠
بالإجراءات التى تتخذها النيابة العامة
فى شأن جرد أموال المعنيّين بالحماية

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠:

قـــرر:

(المادة ١)

تتبع الاجرءات المبينة فى المواد التالية فى شـــأن جـــرد امـــوال المعنيين بالحماية وفقا لحكم المادة (٤١) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ .

(المادة ٢)

تخطر النيابة العامة من صدر فى غيبته قرارا من المحكمة بتعيين وصى او قيم او وكيل عن غائب او مساعد قضائى او مدير مؤقت بالقرار الصادر ، وذلك لشخصه على يد محضر ، فإن اعترض خـــلال الميعـــاد المنصوص عليه فى المادة (٤٠) من القانون رقم ١لسنة ٢٠٠٠ المشـــار اليه ، وجب اتباع حكم المادة (٣٩) من ذلك القانون .

(المادة ٣)

تخطر النيابة العامة النائب المعين وذوى الشأن بـــالموعد الـــذى حددته لجرد أموال المعنى بالحماية ، وذلك بموجب إعلان على يد محضر ، وللنيابة العامة دعوة القاصر الذى اتم خمس عشرة سنة ميلادية لحضور إجراءات الجرد متى رأت ضرورة لحضوره .

(المادة ٤)

تتولى النيابة العامة بنفسها او بمن تندبه لذلك من المعاونين الملحقين بها مباشرة إجراءات الجرد.

(المادة ٥)

تثبت الإجراءات التى تتخذ فى شأن جرد أموال المعنى بالحماية في محضر من نسختين يشار فيه لتاريخ افتتاح المحضر ومكانة وشخص القائم به ، وإثبات دعوة ذوى الشأن والنائب المعين لحضور الجرد ، واثبات حضور من حضر منهم وأقواله ان رغب فى الادلاء باقوال تتعلق بما سيتم جرده من اموال وحقوق وديون .

(المادة ٦)

تثبت حالة الاختام التى امرت النيابة العامة بوضعها عند حصر الاموال اعمالا للمادة (٣٣) من القانون رقم السنة ٢٠٠٠ المشار اليه ، وبعد التأكد من سلامتها يتم رفعها ، ويطابق ما سبق حصره من اموال على الواقع .

(المادة ٧)

يتم جرد جميع الاموال والمنقولات مع بيان اوصافها وتقدير قيمتها ، وللنيابة العامة ان تستعين فى ذلك بأهل الخبرة من المختصين ، وفى هذه الحالة يثبت فى المحضر اسم وعمل من قام بهذا التقدير ، فإن تعذر الاستعانة بأهل الخبرة وقت الجرد ، كان للنيابة العامة أن تتحفظ مؤقتاً على ما لم تقدر قيمته من الاموال أو تعين عليها حارساً إن لزم الأمر لحين عرضها على خبير لتقدير قيمتها ، على أن يثبت فى المحضر أوصاف ما تم التحفظ عليه.

(المادة ٨)

إن كان من بين اموال المعنى بالحماية معادن او احجار ثمينة او حلى ، يجب بيان نوعها ووزنها وعيارها ، وذلك بمعرفة أهل الخبرة ، فإن تعذر ذلك وقت الجرد اتبع حكم المادة السابقة .

(المادة ٩)

يرفق بمحضر الجرد مذكرة من الخبير تتضمن – بحسب الاحوال – نوع واوصاف واوزان وعيار الاشياء والاموال التى عهد بها اليه وقيمة كل منها ، ويثبت مضمون ما اشتملت علية المذكرة فى المحضر .

(المادة ١٠)

يتم إثبات ما يوجد من النقود السائلة مع بيان نوعها ومقدارها .

(المادة ١١)

يتم اثبات ما يوجد من الاسهم والسندات ، وترقم اوراقها ويؤشر على كل منها من القائم بالجرد .

(المادة ١٢)

تثبت حالة الدفاتر والسجلات التجارية ، وترقم صحائفها ويؤشر على ما لم يسبق التأشير عليه من قبل اثناء حصر الاموال ، وتملا الفراغات بوضع علامات خطية .

(المادة ١٣)

للنيابة العامة ان تستعين بخبير حسابى لفحص الدفاتر والسجلات التجارية والسندات توصلا الى ما للمعنى بالحماية من أموال وحقوق وما عليه من التزامات مالية :

(المادة ١٤)

تثبت حالة الخزائن المغلقة إن وجدت ، وبعد فتحها يتم جرد ما بها من أموال ومستندات وغيرها .

(المادة ١٥)

إذا تبين أثناء الجرد وجود وصية مفتوحة تعين إثبات حالتها ومضمونها بالمحضر بعد التأشير عليها من القائم بأعمال الجرد ، ويعرض الأمر بشأنها على المحكمة المختصة .

(المادة ١٦)

إذا تبين أثناء الجرد وجود وصية أو أوراق أخرى مختومة يتم إثبات ما يوجد على ظاهرها من كتابة أو ختم ،والتوقيع على المظروف الذى يحتويها من القائم بأعمال الجرد والحاضر من ذوى الشأن والنائب المعين ،وتحديد اليوم الذى يتم فض المظروف فيه بمعرفة النيابة العامة وإعلام الحاضرين بذلك ،وفى اليوم المحدد تتولى النيابة العامة فض الأحراز وإثبات حالة مايوجد بها من أوراق وغيرها ،وتأمر بعرضها على المحكمة.

(المادة ١٧)

إذا تبين للنيابة العامة من ظاهر ما هو مكتوب على الأحراز المختومة أنها مملوكة لغير ذوى الشأن ،تعين عليها استدعاؤهم فى ميعاد تحدده لحضور فض الأحراز. وفى اليوم المحدد تتولى النيابة العامة فضها ولو لم يحضر من تم استدعاؤهم،فإن تبين أن الأحراز لاشأن لها بالمعنى بالحماية تسلمها لذوى الشأن أو تعيد تحريزها لتسلم إليهم عند طلبها ،فإذا ثار نزاع فى هذا الشأن تعين عرض أمره على المحكمة االمختصة.

(المادة ١٨)

يثبت فى محضر الجرد بيان ما سبق نقله إلى أحد المصارف أو إلى أى مكان أخر من الأموال والأوراق المالية والمستندات والمصوغات إعمالاً للفقرة الثانية من المادة (٣٣) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه ، ويتم حصر وتقييم هذه الأموال والمستندات وغيرها بمراعاة القواعد المتقدمة.

(المادة ١٩)

فى حالة وجود نزاع على أى من الأموال أو الأشياء التى تم جردها تعين عرض الأمر بشأنها على المحكمة المختصة ،بعد اتخاذ الإجراءات التحفظية أو المؤقتة المناسبة.

(المادة ٢٠)

إن تعذر إتمام إجراءات الجرد في يوم افتتاح المحضر ،تعين إثبات ما تم من إجراءات في حينه وإرجاء الأعمال الأخرى ليوم تال يحدد ، ويوقع على المحضر من النائب المعين والحاضر من ذوى الشأن والقائم بأعمال الجرد ،ويعد توقيعهم بمثابة إخطار لهم باليوم المحدد لاستكمال أعمال الجرد.

(المادة ٢١)

بعدإتمام أعمال الجرد تسلم الأموال للنائب المعين ويوقع ذوو الشأن والقائم بأعمال الجرد والنائب المعين على المحضر ،ويعد النائب المعين مسئولاً عن الأموال التى تسلمها من تاريخ توقيعه ،وترفع النيابة العامة محضر الجرد إلى المحكمة للتصديق عليه ،على النحو المبين بالمادة (٤٢) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه.

(المادة ٢٢)

فى حالة تعيين مصف للتركة قبل تعيين النائب عن المعنى بالحماية ومباشرة النيابة العامة لإجراءات الجرد ،يتبع حكم المادة (٤٥/١) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠فى شأن هذه الإجراءات.

(المادة ٢٣)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ،ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .

صدر فى ٦/٣/٢٠٠٠

وزير العدل
المستشار/ فاروق سيف النصر

قــرار وزيــر العــدل
رقم ١٠٨٩ لسنة ٢٠٠٠
بقواعد وإجراءات أعمال الأخصائيين الاجتماعين الملحقين بالمحاكم الابتدائية

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وبناء على موافقة وزيرة التأمينات والشئون الاجتماعية .

قــرر

(مادة ١)

ينشأ بمقر كل محكمة مكتب للأخصائيين الاجتماعيين يخضع للإشراف المباشر لرئيسها .

ولرئيس المحكمة الابتدائية إنشاء مكاتب فرعية بمقار المحاكم الجزئية التابعة له ويسند الإشراف على أعمالها لقاضى المحكمة الجزئية .

(مادة ٢)

يعد سجل خاص بكل محكمة أنشىء بمقرها مكتب للأخصائيين الاجتماعيين لقيد المأموريات التى تعهد بها المحكمة لهم .

وتقيد المأمورية فى السجل بأرقام مسلسلة مع بداية كل عام قضائى ، وتتضمن بيانات السجل مايلى:

رقم الدعوى ، أسماء المدعين والمدعى عليهم ومحال إقامتهم، تاريخ قرار المحكمة وملخص لمضمون القرار ، اسم الأخصائى الاجتماعى المنتدب، تاريخ استلام المأمورية وتوقيعه بالاستلام، وتاريخ إيداع التقرير وعدد أوراقه وتوقيع مقدمه.

(مادة٣)

يقوم رئيس المحكمة الابتدائية أو من يعهد إليه من قضاتها بمراجعة القيد فى السجل المبين بالمادة السابقة شهرياً ،للوقوف على حسن

سير العمل بمكتب الأخصائيين الاجتماعيين، ووضع القواعد اللازمة لضبط العمل به .

ولرئيس الحكمة الابتدائية – عند اللزوم- أن يرفع مذكرة مسببة لوزير العدل باقتراح رفع اسم من يثبت عدم صلاحيته لأداء العمل من الأخصائيين الاجتماعيين .

(مادة٤)

يعهد إلى كل من المبينة أسماؤهم بالكشوف الرافقة لقرار وزير العدل بإصدار قوائم الأخصائيين الاجتماعيين بالعمل كأخصائيين اجتماعيين بدوائر المحاكم الابتدائية المبينة قرين اسم كل منهم .

(مادة٥)

تعهد المحكمة بالمأمورية للأخصائى الاجتماعى حسب دوره فى الترتيب الوارد بالكشف الخاص بها ،وللمحكمة أن تعهد بالمأمورية لأخصائى بعينة دون التزام بهذا الترتيب إذا رأت ذلك لاسباب تقدرها .

(مادة ٦)

يتعين على الاخصائى الاجتماعى التواجد بالمكتب المشار اليه فى المادة الاولى من هذا القرار خلال الايام التى يحددها رئيس المحكمة الابتدائية ، وبصفة خاصة فى الايام التى تنظر خلالها جلسات الاحوال الشخصية واليوم التالى لها ، لاستلام الإخطارات الخاصة بالمأموريات التى تأمر بها المحكمة ، على أن يكون التواجد بمقار المحاكم الجزئية خلال تلك الأيام لاستلام إخطارات المأموريات او إيداع التقارير بحسب الأحوال .

(مادة٧)

يجب على امين سر الدائرة اثبات اسم الاخصائى الاجتماعى الذى عهد اليه بمأمورية على غلاف ملف الدعوى ، ويوقع الاخصائى

الاجتماعى فى السجل المبين فى المادة الثانية من هذا القرار بما يفيد اطلاعة على ملف الدعوى وتاريخ ذلك .

(مادة ٨)

يجب على الاخصائى الاجتماعى المبادرة بمباشرة المأمورية المكلف بها فور توقيعة على السجل المبين بالمادة الثانية من هذا القرار ، وان يودع تقريره عنها فى موعد غايته عشرة ايام .

(مادة ٩)

على الاخصائى الاجتماعى ان يثبت فى تقريره كافة الاجراءات التى اتخذها فى سبيل مباشرة المأمورية ، وملخص للحالة او المسألة المعروضة عليه ، وكافة ما تكشف له من خلال البحث ، وخاصة ما يتعلق بالامور الاتية :

١-رقم الدعوى واسماء اطراف الخصومة ورقم قيد المأمورية فى السجل وتاريخ استلامه لها .

٢-الحالة الاجتماعية لاطراف الخصومة ، وجنسياتهم ودياناتهم وعمل كل منهم .

٣-الحالة الاقتصادية لاطراف الخصومة .

٤-المستوى الثقافى والعملى لاطراف الخصومة.

٥-بحث الحالة من حيث محل الإقامة واوصافه والمستوى المعيشى والبيئة المحيطة .

٦-بحث المستوى الثقافى والعملى لابناء أطراف النزاع ، ودور التعليم الملحقين بها والصف الدراسى ومستوى التحصيل ، وذلك من خلال الرجوع الى المختصين بها وعن طريق الحديث المباشر دون توجيه مكاتبات فى هذا الخصوص .

٧-إن كان الابناء ملتحقين بعمل يجب ان يثبت فى التقرير نوع هذا العمل وطبيعته . وما إذا كانت حالتهم الصحية والعقلية من حيث المبدأ تتفق وطبيعة العمل من عدمة .والدافع لالتحاق الابناء بهذه الاعمال .

٨-إن كان أحد أفراد الخصومة مريضا بمرض مزمن أو عاهة جسدية او عقلية تعين على الاخصائى اثبات ذلك فى تقريره ، وما إذا كان

يتلقى علاجا من عدمة. وعلى الاخصائى ان يضمن تقريره كافة ما يتيح للمحكمة الوقوف على الواقع الفعلى لحياة اطراف الخصومة وابنائهم. وان يدعم ذلك بالمستندات المؤيدة قدر الامكان بما فى ذلك التصوير الفوتوغرافى للمسكن -بعد الحصول على إذن المقيمين به - والمنطقة التى يقع بها ، وكافة ما يعبر بصدق عن الواقع الفعلى.

(مادة ١٠)

يحرر التقرير من نسختين متطابقتين ، وتوقع جميع اوراقة من الا خصائى الاجتماعى ، ويثبت فيه تاريخ انتهاء المأمورية وتاريخ إيداع التقرير ، مع مراعاة الاتى :

١-تسلم نسخة من التقرير لقلم كتاب المحكمة بمعرفة الاخصائى القائم بالمأمورية ويوقع على السجل المبين بالمادة الثانية من هذا القرار بما يفيد إيداعه التقرير ، كما يوقع على ملف الدعوى الصادر فيها المأمورية بما يفيد ذلك الايداع وعدد اوراق التقرير المودع منه .

٢-يقوم أمين سر الدائرة بعد مطابقة نسخة التقرير المودعة على النسخة الاخرى بالتوقيع على كافة اوراقها ويعيدها للاخصائى الاجتماعى لايداعها سجل المكتب المبين بالمادة الاولى .

٣-يقوم رئيس قلم كتاب محكمة الاحوال الشخصية المختص بالقيد فى السجل المبين بالمادة الثانية من هذا القرار ، يختم أوراق نسخة التقرير ، وتحفظ بالمكتب بعد إدراجها ضمن كشوف مسلسلة للرجوع اليها عند الضرورة .

(مادة ١١)

لوزير العدل يضم أخصائيين اجتماعيين للعمل بدوائر المحاكم الابتدائية بعد موافقة وزير التأمينات والشئون الاجتماعية ، وله أن يرفع اسم اى اخصائى اجتماعى من القوائم الخاصة بكل محكمة مع إخطار جهة عملة بذلك ، وان ينقل ايا منهم للعمل بدوائر محاكم ابتدائية اخرى لمصلحة العمل .

(مادة ١٢)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ، ويعمل به من اليوم التالى لتـــاريخ نشرة .صدر فى ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل
المستشار/ فاروق سيف النصر

وزارة العدل

قرار وزير العدل رقم ١٠٩٠لسنة ٢٠٠٠
بإجراءات القيد والشطب فى السجل الخاص
بمواد الولاية على المال

وزير العدل

بعد الاطلاع على قانون تنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضى فى مسائل الاحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:
قرر:

(مادة ١)

ينشأ فى كل نيابة كلية سجلا لقيد الطلبات المتعلقة بمسائل الولاية والوصاية والحجر والغيبة والمساعدة القضائية ، تنفيذا لحكم المادة (٣٢) من القانون رقم السنة ٢٠٠٠ ، وتتبع الإجراءات المنصوص عليها فى هذا القرار فى شأن القيد والشطب فى هذا السجل.

(مادة ٢)

<u>يتم القيد فى السجل المشار اليه فى المادة السابقة ، على النحو التالى:</u>

أولا- تقيد الطلبات بأرقام مسلسة تبدأ فى بداية كل عام قضائى ، وتنتهى بنهايتة .على ان تقيد الطلبات الخاصة بغام ٢٠٠٠ اعتباراً من ٢٠٠٠/٣/١٥الى ٢٠٠٠/٩/٣١

ثانيا-يقيد كل طلب فى صفحة مستقلة ، وفقاً لما هو مبين بالنموذج المرفق بالقرار .وتمهر صفحات السجل بخاتم النيابة .

ثالثا–يتم اثبات قيد الطلب فور تقديمه بمعرفة رئيس قلم الاحوال الشخصية او من يقوم مقامة ، ويعتمد القيد من رئيس النيابة الكلية في موعد أقصاه اليوم التالى لتاريخ القيد.

رابعا– يتم إثبات تاريخ القيد وساعته واسم الطالب وموطنه بعد التأكد من شخصيتة ، واثبات صفته بالنسبة للمقدم ضده الطلب ، وبيان سند وكالته الذى يخوله الحق فى تقديم الطلب ، وتثبت بيانات التوكيل بالسجل ، ويرفق التوكيل بملف الطلب ان كانت الوكالة خاصة او ترفق صورة ضوئية منه ان كانت الوكالة عامة ، وفى جميع الاحوال يجب ان يوقع مقدم الطلب قرين تلك البيانات فى الموضع المعد لذلك بالسجل .

خامسا– بيان اسم المقدم ضده الطلب وسنه وموطنه وديانته وجنسيته.

سادسا– يثبت ملخص لموضوع الطلب فى الوضع المعد لذلك بالسجل.

سابعا– يثبت منطوق القرارات الصادرة من النيابة العامة وماتخذته فى شأن أى من الإجراءات التالية،مع بيان اسم وصفة القائم بها وتاريخ اتخاذها وتوقيعه قرين ذلك:

١–إجراءات حصر اموال وحقوق المعنى بالحماية .

٢–إجراءات وضع الأختام ورفعها.

٣–رقم الامر الوقتى الصادر بالترخيص للنيابة العامة فى نقل الاموال والاوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشى عليه الى خزانة احد المصارف او الى مكان امين .

٤–بيان الجهة التى اودعت لديها الاشياء، وتاريخ ايداعها ورقم الايداع .

٥–اى قرارات اخرى تأمر بها النيابة العامة.

ثامنا– يثبت تاريخ ومنطوق القرار الصادر بتعيين النائب عن المعنى بالحماية ، واسمة وموطنه وتاريخ إخطاره بقرارتعيينة ان صدر فى غيبته ، كما يثبت تاريخ اعتراضة على هذا التعيين فى حالة اعتراضه، وتاريخ صدور القرار بتعيين آخر بدلا منه .وتتبع فى شأنه الاجراءات السابقة.

تاسعا –يثبت تاريخ الاجراءات التى اتبعتها النيابة فى شان جرد اموال المعنى بالحماية بعد تعيين النائب عنه ، وشخص القائم بالجرد ، واسم عضو النيابة الذى وقع على محضر الجرد . كما تثبت كافة القرارات المتعلقة بندب اقل الخبرة لتقييم الاموال والديون .

عاشرا–يثبت تاريخ تسليم الاموال التى تم جردها للنائب المعين ، بعد إثبات اسمه وموطنه وتوقيعه على ما يفيد ذلك فى الموضوع المخصص بالسجل .

حادى عشر– يثبت تاريخ تعيين مصفى على التركة ورقم الدعوى الصادر فيها قرار تعيينه واسم المصفى وموطنه وتاريخ استلامة لاموال التركة ، وتاريخ الانتهاء من اعمال التصفية .

ثانى عشر – تثبت كافة القرارات الاخرى التى تصدرها المحكمة فى خصوص ادارة اموال المعنى بالحماية .

ثالث عشر – تثبت كافة القرارات التى تصدرها محكمة ثانى درجة فى خصوص مواد الولاية على المال وتاريخ صدورها .

رابع عشر – يثبت تاريخ القرار النهائى الصادر بشطب الطلب ، ويدون فى السجل عبارة " شطب القيد " ورقم المادة الصادر فيها ذلك القرار .

خامس عشر – لا يجوز تعديل القيد او الكشط او التحشير فيه او التغيير ، وعند اثبات بيان بطريق الخطأ ، يتم إثبات البيان الصحيح بجواره مع وضع اقواس على البيان الخطأ ، وفى هذه الحالة يتعين اعتماد التعديل من رئيس النيابة المختص .

(مادة ٣)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ، ويعمل به اعتبارا من اليوم التالى لتاريخ نشرة .

صدر فى ٢٠٠٠/٣/٦

وزير العدل

المستشار/ فاروق سيف النصر

فهرس الموضوعات

رقم الايداع : ١٣٦٥٩ / ٢٠٠١
الترقيم الدولى I.S.B.N.
977-04-3539-2



للطباعة
يسرى حسن إسماعيل
شارع عبد العزيز - الهدارة ٢ عابدين
عابدين ت ٢٩١٠٠٧٥٠ دار السلام ت ٢٢٠٩١١٨٠